

Prognoseentscheidungen im Kartellrecht

Andreas Urban

Münster 1982 2



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552016_0003

PROGNOSEENTSCHEIDUNGEN IM KARTELLRECHT

Inauguraldissertation zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft der
Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Bernd Eugen Andreas Urban
aus Dessau

Münster 1982



Erstberichterstatter:

Prof. Dr. Otto Sandrock

Zweitberichterstatter:

Prof. Dr. Wolfgang Harms

Dekan:

Prof. Dr.Dr. Werner Krawietz

Tag der mündlichen Prüfung: 12.07.1982

INHALTSÜBERSICHT

	<u>Seite</u>
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	X
LITERATURVERZEICHNIS	XIV
EINLEITUNG	1
<u>ERSTER TEIL:</u> DER ANWENDUNGSBEREICH KARTELL- RECHTLICHER PROGNOSEN	9
A. § 1 GWB - Kartellverbot und Prognose -	9
I. Das Prognoseerfordernis	9
II. Die Auswirkungen des zu § 1 GWB bestehenden Theorienstreites zwischen Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie auf das Prognoseerfordernis	11
1. Gegenstandstheorie	11
2. Zwecktheorie	12
3. Folgetheorien	12
a) uneingeschränkte Folgetheorie	13
b) eingeschränkte Folgetheorie	13
4. Stellungnahme	14
B. § 5 II S.1 GWB - Erlaubnis von Rationalisierungs- kartellen -	15
I. Prognose hinsichtlich der Verbesserung der Leistungsfähigkeit	15
II. Prognose hinsichtlich der Verbesserung der Befriedigung des Bedarfs	16
III. Prognose hinsichtlich der Wirkungen von Alternativen	17
C. § 5a I GWB - Spezialisierungskartelle und Bestehen- bleiben wesentlichen Wettbewerbs -	17

	<u>Seite</u>
D. § 5b I GWB - Kooperationserleichterungen -	18
E. § 8 II S.1 GWB - Sondererlaubniskartelle -	19
I. Prognose hinsichtlich rechtfertigender Gemeinwohlgründe	19
II. Unmittelbare Gefahr für den Bestand des überwiegenden Teils der Unternehmen eines Wirtschaftszweiges	20
III. Eignung zur Gefahrenabwehr	20
F. Die Fusionskontrolle als Prognoseentscheidung	21
I. Erwartung des Entstehens oder der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung	21
1. Prognoseerfordernis	21
2. Prognosegegenstand	24
a) Der normative Ansatz	24
b) Regelungszweck	25
aa) Vorrangige Berücksichtigung der Marktstruktur	25
bb) Ergänzende Heranziehung von Marktverhaltenskriterien	26
cc) Verzicht auf Marktstrukturprognose? - Die These von Schütz -	28
dd) Ergebnis	30
c) Zur Möglichkeit von Verhaltensvorhersagen	30
3. Besonderheiten der Prognosefrist bei § 24 I GWB	31
a) Prognoseentscheidungen im engeren und weiteren Sinne	31
b) Der Meinungsstand zu § 24 I GWB	33
aa) § 24 I GWB als Gefährdungstatbestand	33
bb) Erfordernis einer mittelfristigen Betrachtungsweise	35
cc) Kartellamtspraxis	35
dd) Rechtsprechung	36

	<u>Seite</u>
c) Stellungnahme	37
aa) Wortlautinterpretation	37
bb) Beschränkung des Merkmals der "Erwartung" auf Fälle der präventiven Fusionskontrolle?	38
cc) Teleologische Interpretation	38
d) Prognosefrist	40
e) Zusammenfassung	42
II. Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen	42
1. Prognoseerfordernis	42
a) Historische und grammatische Auslegung	43
b) Systematisch-teleologische Auslegung	44
c) Prognose der Verbesserungen und Nachweispflicht	45
2. Prognosegegenstand	47
III. Prognoseentscheidungen im Rahmen der Ministererlaubnis nach § 24 III GWB	47
1. Erlaubnisvoraussetzungen	47
2. Prognose	50
3. Besonderer Beurteilungsspielraum	52
IV. Widerlegung der Vermutungen des § 23a II GWB	54
V. Entflechtungsvorschläge und Prognoseerfordernis	55
G. Prognoseentscheidungen im Rahmen der präventiven Mißbrauchsaufsicht	56
I. Begriff der präventiven Mißbrauchsaufsicht und Prognoseerfordernis	56
II. Zulässigkeit	58
III. Grenzen	61

	<u>Seite</u>
H. Prognoseentscheidungen nach Art.85 EWGV	62
I. Art.85 I EWGV	62
1. Bezwecken und bewirken	62
2. Eignung, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen	63
II. Art.85 III EWGV	64
1. Voraussetzungen der Freistellung	64
2. Möglichkeit der Korrektur der Prognosen bei befristeter Freistellung	65
3. Ausschluß der Freistellung	66
J. Prognoseentscheidungen nach Art.86 EWGV	67
K. Prognose als Voraussetzung für die Ermittlung des potentiellen Wettbewerbs	68
I. Die Bedeutung des potentiellen Wettbewerbs	68
II. Die Ermittlung des potentiellen Wettbewerbs - das Prognoseerfordernis	70
1. Die Gewinnhöhe als Gradmesser für die Eintrittswahrscheinlichkeit von newcomern	70
2. Andere Faktoren und Marktzutrittsschranken	71
3. Die Unsicherheit der Vorhersage	72
III. Der Standort des Prognoseerstellers	74
1. Die Auffassung Machlups: Standpunkt des objektiven, beobachtenden Volkswirtes	74
2. Die Auffassung Gutowskis: Standpunkt der am Markt tätigen Unternehmen	74
3. Die vermittelnde Auffassung Markerts: verobjektivierte Sicht der Wettbewerber	75
L. Ergebnis	77

	<u>Seite</u>
<u>ZWEITER TEIL: DIE PROGNOSEERSTELLUNG UND IHRE GRENZEN</u>	78
A. Systematische Analyse der Prognosegegenstände	78
I. Marktstruktur	78
II. Marktverhalten	80
III. Marktergebnisse	80
IV. Interdependenzen	81
V. Exogene Faktoren	81
1. Grundsatz: Zurückhaltung bei der Berücksichtigung exogener Faktoren	82
2. Berücksichtigung kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung	83
VI. Sonstige Veränderungen	83
B. Zur Möglichkeit und Erforderlichkeit von Wettbewerbsprognosen	84
I. Unmöglichkeitstheorie	84
II. Mögliche Konsequenzen aus dem Widerspruch zwischen der Unmöglichkeit einer absolut genauen Einzelfallprognose einerseits und dem gesetzlich angeordneten Prognoseerfordernis andererseits	88
1. Abschaffung des Wettbewerbsrechts?	88
a) Die These Milton Friedmans vom logischen Widerspruch zwischen freiem Wettbewerb und rechtlichen Regelungsbestrebungen	88
b) Zur Notwendigkeit eines Wettbewerbsrechts	90
aa) Die freiheitssichernde Funktion des Wettbewerbsrechts	90
bb) Der Schutz des kompetitiven Systems an sich	92
c) Notwendigkeit von Prognosen de lege lata	92

	<u>Seite</u>
2. Per-se Verbote	93
3. Beschränkung auf Marktstrukturprognosen	97
a) Die zugrundeliegende Prämisse: Überlegenheit von Strukturprognosen	97
b) Wahrscheinlichkeitsgrad von Struktur- prognosen	98
4. Wahrscheinlichkeitsurteile als ausreichende kartellrechtliche Eingriffsgrundlagen	100
a) Zur Zulässigkeit von Wahrscheinlichkeits- urteilen als Grundlage behördlicher Maß- nahmen	100
b) Berücksichtigung des Marktverhaltens	101
C. Die Methoden der Prognoseerstellung	104
I. Intuitive Prognosemethoden	105
II. Befragungsmethoden	108
1. Die "Delphi-Methode"	108
2. Planbefragungen	109
III. Extrapolation	110
IV. Die analytischen Methoden	112
1. Methodische Grundlagen	112
2. Fehlerquellen bei Verwendung analytischer Prognosemethoden	115
a) Atypisches Verhalten der Wirt- schaftssubjekte	115
b) Modellexogene Einflüsse	117
c) Mangelnde Übereinstimmung von Modell und Wirklichkeit	118
d) Unrichtigkeit der zugrundeliegenden wirtschaftswissenschaftlichen Theorien	119
V. Zusammenfassung	120

	<u>Seite</u>
D. Transformierung der theoretischen Lösungsmethoden in die juristische Entscheidungspraxis	121
I. Heranziehung von Gutachtern	121
II. Eigene Sachkunde des Rechtsanwenders	124
III. Die Vermutungen als gesetzlich anerkannte, prognosebegründende Erfahrungssätze	125
1. Vermutungsregelungen als Prognosehilfe	125
2. Die Grenzen der Vermutungen	126
3. Differenziertere Vermutungen als Vorschlag de lege ferenda	129
4. Die Praxis der Kartellbehörden und Gerichte	131
a) Die "Klöckner-Becorit"-Entscheidung des BGH	131
b) Die "Thomson-Brandt/Saba"-Entscheidung des BKartA	132
c) Das Verfahren "Texaco-Zerssen"	133
5. Vermutungen und Rechtssicherheit	134
IV. Prognosebegründende Zusagen	136
1. Das Instrument der Zusage in der Kartell- rechtspraxis	136
2. Bedenken gegen diese Praxis	138
a) "Kungelei"-Vorwurf	138
b) Gefahr einer fortlaufenden Verhaltens- kontrolle	139
c) Unbedenklichkeit von eindeutig vorher- sehbaren Verpflichtungen	141
E. Die erforderliche Prognosewahrscheinlichkeit	142
I. Der Wahrscheinlichkeitsbegriff	143
1. Der subjektive Wahrscheinlichkeitsbegriff	143
2. Der objektive Wahrscheinlichkeitsbegriff	144
3. Der logische Wahrscheinlichkeitsbegriff	145
4. Übereinstimmungen zwischen dem subjektiven und dem logischen Wahrscheinlichkeitsbegriff	147

	<u>Seite</u>
II. Das Wahrscheinlichkeitsmaß	149
1. Keine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit	149
2. Tatbestandliche Unterschiede	150
a) Die "Eignung" des § 1 GWB	150
b) Die Eignungsprüfung bei den Ausnahmen vom Kartellverbot	152
c) Die "Erwartung" des § 24 I GWB	153
3. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Maßstab für die Wahrscheinlichkeitsanforderungen im Einzelfall	154
F. Die zeitlichen Grenzen der Prognose	157
I. Die Einschränkung des Prognosehorizontes durch die Regierungsbegründung zu § 24 I GWB	158
II. Die Auffassung des BGH in der "Sachs/GKN"-Entscheidung	159
III. Die Leistungsfähigkeit der Prognosemethoden einerseits und die Wahrscheinlichkeitsanforderungen andererseits als Bestimmungsgrößen für den prognostischen Zeithorizont	162
G. Prognosen hinsichtlich noch nicht existierender Märkte	164
1. Mögliche Fallgestaltungen	164
2. Die Zurückhaltung der Kartellrechtspraxis	167
<u>DRITTER TEIL:</u> DIE GERICHTLICHE ÜBERPRÜF- BARKEIT DER PROGNOSEN	170
A. Der Meinungsstand im allgemeinen Verwaltungsrecht	170
I. Höchstpersönliche Wertungen	172
II. Entscheidungen unabhängiger Kollegialorgane	172
III. Planerische Entscheidungen	173
IV. Ergebnis	174

	<u>Seite</u>
B. Der Meinungsstand im Kartellrecht	174
C. Kein allgemeiner Beurteilungsspielraum bei der Prognoseerstellung	177
I. Auslegung des § 70 V S.1 GWB	177
II. Nutzbarmachung der allgemeinen Verwaltungs- rechtsdogmatik	178
a) Kein persönlicher Wertungsspielraum	178
b) Spruchkammerartige Besetzung der Beschlußabteilungen des BKartA	179
c) Keine planerischen Aspekte	180
d) Das Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art.19 IV GG	181
e) Ergebnis	181
D. Die Einschränkung der Kontrolldichte durch § 70 V S.2 GWB	181
E. Die Kontrolldichte im gerichtlichen Instanzenzug	185
F. Der Prognosespielraum des Gesetzgebers	186
ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE	188

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
A.B.A.	American Bar Association
Abl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
a.E.	am Ende
AER	American Economic Review
AG	Die Aktiengesellschaft
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BT-Drcks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht

BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BWM	Bundesminister für Wirtschaft
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DVBt.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVR	Datenverarbeitung im Recht
EGKSv	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuR	Europarecht
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
f. (ff.)	folgende Seite(n)
F.2d	Federal Reporter, Second Series
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Festschr.	Festschrift
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb
Frankfurter Komm.	Frankfurter Kommentar
F.Supp.	Federal Supplement
Fußn.	Fußnote
GK	Gemeinschaftskommentar
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und Internationaler Teil

Halbbd.	Halbband
Halbs.	Halbsatz
Harv.L.Rev.	Havard Law Review
HB	Handelsblatt
HDSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
HdWW	Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i.S.	im Sinne
JNST	Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
L.ed.2d.	Lawyer's Edition, Second Series
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Monopolkomm.	Monopolkommission
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht
Rdn.	Randnummer
RegE.	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht

RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RspGH	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften
S.	Seite
Sec.	Section
StabG	Stabilitätsgesetz
TB	Tätigkeitsbericht
Tz	Textziffer
v.	versus
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VSR	Versicherungsrecht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften

LITERATURVERZEICHNIS

- Adams, Walter Antitrust, Laissez-faire, and Economic Power, in: Wettbewerb, Konzentration und wirtschaftliche Macht; Festschrift für Helmut Arndt zum 65. Geburtstag, S.11ff.
- Albach, Horst Die Prognose im Rahmen unternehmerischer Entscheidungen, in: Giersch und Borchardt (Hrsg.), Diagnose und Prognose als wirtschaftswissenschaftliche Methodenprobleme, Berlin 1962, S.201ff.
- ders. Informationsgewinnung durch strukturierte Gruppenbefragung. Die Delphi-Methode, in: ZfB 1970, Ergänzungsheft, S.11ff.
- Arbeitskreis Kartellrecht Arbeitsunterlage für den Arbeitskreis Kartellrecht am 2./3. Oktober 1979, 2.Thema: Sechs Jahre Fusionskontrolle - Versuch einer Bilanz und aktuelle Rechtsfragen, Berlin 1979 (unveröffentlicht)
- Autenrieth, Karlheinz Mehr Rechtssicherheit bei der Fusionskontrolle? Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BGH v. 2.12.1980, KVR 1/80 "hydraulischer Schreitausbau", in: DB 1981, S.1025ff.
- Axster, Oliver Offenkundigkeit im Kartellverfahren, in: WuW 1976, S.157ff.
- Axster, Oliver -
Weber, Thomas Anmerkung zu dem Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 2. Dezember 1980; Aktenzeichen KVR 1/80 (KG Berlin) (= BGHZ 79, 62), in: GRUR 1981, S.369ff.
- Badura, Peter Das Planungsermessen und die rechtsstaatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in: Verfassung und Verfassungsrechtsprechung, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes, S.157ff.

- Bain, Joe S. Barriers to New Competition. Their Character and Consequences in Manufacturing Industries, Cambridge (Mass.) 1956
- ders. Industrial Organization, 2d edition, New York, London, Sydney 1968
- Ballerstedt, Kurt Handlungsunwert oder Erfolgsunwert im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen?, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S.179ff.
- Bartram, Dirk Zur Problematik der "Ministererlaubnis" (§ 24 Abs.3 GWB), in: WuW 1979, S.372ff.
- Baumbach, Adolf -
Hefermehl, Wolfgang Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8.Aufl., München und Berlin 1960
- Baur, Jürgen F. Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb", in: ZHR 134 (1970), S.97ff.
- ders. Entwicklungslinien im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: JZ 1978, S.586ff.
- Bechtold, Rainer Das neuen Kartellrecht, München 1981
- ders. Die Entwicklung des deutschen Kartellrecht 1980/81, in: NJW 1981, S.2668
- Bell, Daniel Zukunftsforschung gestern und heute, in: Kahn, Hermann - Wiener, Anthony J., Ihr werdet es erleben. Voraussagen der Wissenschaft bis zum Jahre 2000, 5.Aufl., deutsche Ausgabe, Wien-München-Zürch 1968, S.411ff.
- Benisch, Werner Neuauflage der Kooperationsfibel des Bundesministers für Wirtschaft, in: WuW 1976, S.223ff.

- Benkendorff, Gerhard Nochmals: Rechtskontrolle der Verfügungen der Kartellbehörde durch die Gerichte (§ 70 Abs.4 GWB), in: WuW 1958, S.740ff.
- ders. Was ist unter "Beeinflussung der Marktverhältnisse" in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu verstehen?, in: WRP 1962, S.146ff.
- Biedenkopf, Kurt Kartellrecht und Ordnungspolitik, in: WuW 1978, S.101ff.
- Blake, Harlan M. -
Pitofsky, Robert Antitrust Law, Cases and Materials, Brooklyn 1967
- Blechman, Michael D. Die neuen Vermutungen des GWB bei Zusammenschlüssen im Lichte des US-Antitrustrecht, in: GRUR Int. 1980, S.647ff.
- Blümel, Willi Planung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: DVBl. 1975, S.695ff.
- Böhlk, Hans-Joachim -
Schöppe, Günter Ein Dilemma der Fusionskontrolle - Anmerkungen zu den Entscheidungen des BKartA und KG im Falle GKN/Sachs, in: DB 1977, S.2361ff.
- dies. Der GKN-Sachs-Fall: Eine Bewährung der Fusionskontrolle?, in: DB 1978, S.1113f.
- Bohne, Gotthold Zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung, Köln 1948
- Borchardt, Knut Bericht über die mündlichen Verhandlungen der Arbeitstagung des Vereins für Socialpolitik in Garmisch-Partenkirchen 1961, in: Diagnose und Prognose als wirtschaftswissenschaftliche Methodenprobleme, Berlin 1962, S.463ff.
- Bork, Robert H. The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself, New York 1978
- Breuer, Rüdiger Legislative und administrative Prognoseentscheidungen, in: Der Staat 16 (1977), S.21ff.
- Brockhoff, Klaus Prognoseverfahren für die Unternehmensplanung, Wiesbaden 1977

- Brodley, Joseph F. Potential Competition Mergers: A Structural Synthesis, in: The Yale Law Journal 87 (1977/78), S.1ff.
- Brozen, Yale The Antitrust Task Force Deconcentration Recommendation, in: Journal of Law and Economics 13, 1970, S.279ff.
- Büdenbender, Ulrich Befugnisse der Kartellbehörden zur präventiven Mißbrauchskontrolle?, in: WuW 1980, S.111ff.
- Bundeskartellamt Tätigkeitsbericht 1976, BT-Drcks. 8/704
- dass. Tätigkeitsbericht 1979/80, in: WuW 1981, S.493
- Carl, Erwin Die marktbeherrschende Stellung als Eingreifkriterium der Zusammenschlußkontrolle im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt/Main, Bern, Las Vegas 1978
- Carnap, Rudolf - Stegmüller, Wolfgang Induktive Logik und Wahrscheinlichkeit, Wien 1959
- Clark, John Maurice Competition as a Dynamic Process, Washington D.C. 1961
- Clark, John Maurice Toward a Concept of Workable Competition, in: The American Economic Review 1940, vol.30, S.241ff.
- Deringer, Arved Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft - Kommentar -, Düsseldorf 1962
- Director, Aaron - Levi, Edward H. Law and the Future: Trade Regulation, in: Northwestern University Law Review, vol.51, 1957, S.281ff.
- Drews, Bill - Wacke, Gerhard - Vogel, Klaus - Martens, Wolfgang - Gefahrenabwehr, Bd.1 und 2, 8.Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1975 und 1977

- Edwards, Corwin D. The Changing Dimensions of Business Power, in: Festgabe für Heinrich Kronstein, Karlsruhe 1967, S.237ff.
- Emmerich, Volker Die Auslegung von Art.85 Abs.1 EWG-Vertrag durch die bisherige Praxis der Kommission, in: EuR 1971, S.295ff.
- ders. Die bisherige Praxis zur Fusionskontrolle, in: AG 1978, S.85ff., 118ff., 150ff.
- ders. Die neueste Praxis zur Fusionskontrolle, in: AG 1979, S.6ff., 40ff.
- ders. Die Fusionskontrolle bis zur 4.Novelle (Teil II), in: AG 1980, S.240ff.
- ders. Zur Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie in § 1 GWB, in: BB 1975, S.767
- ders. Kartellrecht, 3.Aufl., München 1979 (mit Nachtrag 1980)
- Emrich, Heiner Maria Die Problematik der Fusionskontrolle bei Konglomeraten, Berlin 1978
- Erichsen, Hans-Uwe - Martens, Wolfgang Das Verwaltungshandeln, in: Allgemeines Verwaltungsrecht (Hrsg. Erichsen-Martens), 5.Aufl., Berlin, New York 1981, S.121ff.
- Erlinghagen, Peter Zur Verwendbarkeit wirtschaftswissenschaftlicher Theorien als Beweismittel im Kartellverfahren, in: Festschrift für Gunther Hartmann, FIW-Schriftenreihe, H.75, Köln, Berlin, Bonn, München 1976, S.95ff.
- Eucken, Walter Die Grundlagen der Nationalökonomie, 8.Aufl. Berlin, Heidelberg, New York 1965
- Fatscheck, Jochen Die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Gesichtspunkte bei Anwendung der Zusammenschlußkontrolle, Gerbrunn bei Würzburg 1977

- Feuring, Wolfgang Einige Aspekte im Vergleich der Zusammenschlußkontrolle gemäß Artikel 66 EGKSV und der §§ 23ff. GWB, in: WuW 1981, S.401ff.
- Fikentscher, Wolfgang Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung, in: WuW 1960, S.680ff.
- ders. Zu Begriff und Funktion des "gemeinsamen Zwecks" im Gesellschafts- und Kartellrecht, in: Festschrift für Harry Westermann, Karlsruhe 1974, S.87ff.
- Fischer, Rainer Wachstum, Effizienz und Marktverhalten konglomerater Unternehmen. Eine empirische Studie der Federal Trade Commission, in: WuW 1973, S.245ff.
- Fox, Eleanor M. Toehold Acquisitions, Potential Toehold Acquisitions, and Section 7 of the Clayton Act, in: 42 Antitrust Law Journal (1973), S.573ff.
- Frankfurter Kommentar Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Loseblattsammlung, Köln 1958ff.
- Freitag, Dieter Wirksamer Wettbewerb und potentielle Konkurrenz, in: WuW 1971, S.294ff.
- Friauf, Karl Heinrich Polizei- und Ordnungsrecht, in: Ingo von Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 5.Aufl., Berlin und New York 1979, S.163ff.
- Gaedertz, Alfred Carl Erhaltung einer freiheitlichen Wirtschaft, in: WuW 1978, S.110ff.
- Galbraith, John Kenneth Die moderne Industriegesellschaft, München/Zürich 1968
- Gamm, Otto-Friedrich
Freiherr von Kartellrecht: Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und zu Art.85, 86 EWGV, Köln, Berlin, Bonn, München 1979

- Gemeinschaftskommentar
(Bearbeiter in) Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen und Europäisches
Kartellrecht. Gemeinschafts-
kommentar. Begründet von Hans
Müller-Henneberg und Gustav
Schwartz, 4.Aufl., Köln, Berlin,
Bonn, München 1980ff.
- George, Peter Wesen und Geltungsbereich des
Begriffes der Würdigung der ge-
samtwirtschaftlichen Lage und
Entwicklung in § 70 IV Satz 2
des Gesetzes gegen Wettbewerbs-
beschränkungen v. 27. Juli 1957,
Diss. Frankfurt/M. 1963
- Gerber, David J. Konglomerate Zusammenschlüsse
im amerikanischen Kartellrecht,
in: WuW 1981, S.337ff.
- Geschka, H. Delphi, in: Langfristige Prognosen,
Hrsg.: Gerhart Bruckmann, 2.Aufl.,
Würzburg und Wien 1978
- Giersch, Herbert Allgemeine Wirtschaftspolitik,
Erster Band: Grundlagen,
Wiesbaden 1960
- Gleiss, Alfred -
Hirsch, Martin Kommentar zum EWG-Kartellrecht,
3.Aufl., Heidelberg 1978
- Grabitz, Eberhard Der Grundsatz der Verhältnis-
mäßigkeit in der Rechtsprechung
des Bundesverfassungsgerichts,
in: AöR Bd.98 (1973), S.568ff.
- Graf, Hans-Georg Nicht-nomologische Theorie bei
komplexen Sachverhalten?, in:
ORDO 26 (1975), S.289ff.
- Graff, Peter Die Wirtschaftsprognose,
Tübingen 1977
- Greger, Reinhard Beweis und Wahrscheinlichkeit,
Köln, Berlin, Bonn, München 1978
(= Diss. Erlangen 1978)
- Griesbach, Bernhard Jurist und Volkswirt vor der
der Fusionskontrolle, in:
WuW 1971, 813ff.

- Gröner, Helmut -
Köhler, Helmut Wettbewerbsprobleme der
Sanierungsfusion, in:
ORDO XXXI (1980), S.87ff.
- Großkommentar
(Bearbeiter in) Aktiengesetz
3.Aufl., Berlin, New York 1973
- Gutowski, Armin Bemerkungen zur Theorie des
eintrittsverhindernden Preises im
Oligopol, in: WuW 1971, S.819ff.
- ders. Wettbewerb in Theorie und Praxis.
Die Bedeutung des potentiellen
Wettbewerbs und ihre Konsequenzen
für die Wettbewerbspolitik,
insbesondere die Fusionskontrolle,
in: Die Aussprache 1970, S.110ff.
- Häberle, Peter Öffentliches Interesse als juristi-
sches Problem, Bad Homburg v.d.H.
1970
- Hahn, L.Albert Die Propheten der Unprophezeibaren,
in: Zeitschrift für das gesamte
Kreditwesen, 1952, S.341f.
- ders. Die Fata Morgana der Wirtschafts-
prophezeiung, in: Zeitschrift für
das gesamte Kreditwesen, 1952,
S.444f.
- Halbey, Heinrich Kartellbehörde und richterliche
Kontrolle, in: WRP 1968, S.349ff.
- Haller, Heinz Typus und Gesetz in der National-
ökonomie, Stuttgart und Köln 1950
- Harms, Wolfgang Fusionskontrolle: Praxis, Novellie-
rungspläne und kritische Würdi-
gung, in: Schwerpunkte des Kar-
tellrechts 1976/77, FIW-Schriften-
reihe, Heft 81, Köln, Berlin, Bonn,
München 1978, S.43ff.
- ders. Größenkriterien als Aufgreif- und
Eingreifkriterien in der deutschen
Fusionskontrolle, in: Kontrolle von
Marktmacht nach deutschem, euro-
päischem und amerikanischem Kar-
tellrecht, FIW-Schriftenreihe,
Heft 98, Köln, Berlin, Bonn, Mün-
chen 1981, S.7ff.

- Hootz, Christian Untersagung des Zusammenschlusses von Unternehmen wegen Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 21.2.1978 - KVR 4/77), in: BB 1978, S.826f.
- Hoppe, Werner Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: DVBl. 1975, S.684ff.
- ders. Planung und Pläne in der verfassungsgerichtlichen Kontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd.I, Tübingen 1976, S.663ff.
- Hoppmann, Erich Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, Baden-Baden 1974
- ders. Die sogenannten Bagatallkartelle der "neuen Wettbewerbspolitik", in: DB 1970, S.93ff.
- ders. Fusionskontrolle, Tübingen 1972
- Hoppmann, Erich "Neue Wettbewerbspolitik": Vom Wettbewerb zur staatlichen Mikro-Steuerung (Bemerkungen zu einem "neuen Leitbild der Wettbewerbspolitik"), in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Bd.184 (1970), S.397ff.
- Hopt, Klaus J. Simulation und Planspiel in Recht und Gesetzgebung, in: Datenverarbeitung im Recht (DVR), Bd.1, 1972/1973, S.1ff.
- ders. Rechtssoziologische und rechtsinformatische Aspekte im Wirtschaftsrecht, in: BB 1972, S.1017ff.
- Huber, Gerhard Das Entstehen oder Verstärken einer marktbeherrschenden Stellung durch einen Zusammenschluß, insbesondere durch Bildung eines Gemeinschaftsunternehmens, in: WuW 1975, S.371ff.

- Immenga, Ulrich -
Mestmäcker, Ernst-
Joachim GWB Kommentar zum Kartell-
gesetz, München 1981
- Jäger, Armin Inhalt und Grenzen des Kartell-
begriffs in § 1 des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen,
Köln, Berlin, Bonn, München 1970
- Jöhr, Walter Adolf -
Kneschaurek, Francesco Die Prognose als Basis der
Wirtschaftspolitik, in:
Diagnose und Prognose als
wirtschaftswissenschaftliche Me-
thodenprobleme, Berlin 1962,
S.415ff.
- Joliet, René Der Begriff der mißbräuchlichen
Ausnutzung in Art.86 EWG-Vertrag,
in: EuR 1973, S.97ff.
- Jürgensen, Hans Das Jahr der Elefanten-Hochzeiten,
in: FAZ vom 8.1.1982, S.11
- Kaiser, Joseph H. Fusionskontrolle oder Fusionsver-
bot? Die Vermutungstatbestände
des Entwurfs der IV. GWB-Novelle,
in: WuW 1978, S.344ff.
- Kallfass, Hermann H. Die Chicago School. Eine Skizze
des "neuen" amerikanischen
Ansatzes für die Wettbewerbs-
politik, in: WuW 1980, S.596ff.
- Kartte, Wolfgang Ein neues Leitbild für die Wettbe-
werbspolitik, FIW-Schriftenreihe,
H.49, Köln, Berlin, Bonn, Mün-
chen 1969
- ders. 20 Jahre Kartellgesetz - Gegenwart
und Zukunft einer Ordnungsidee,
in: WuW 1978, S.114ff.
- Kaufer, Erich Die Bestimmung von Marktmacht,
Bern und Stuttgart 1967
(= wirtschaftswiss.Diss.), Marburg
1966
- ders. Industrieökonomik,
München 1980
- Kaysen, Carl -
Turner, Donald F. Antitrust Policy - An Economic
and Legal Analysis,
Cambridge/Mass. 1959

- Keynes, John Neville The Scope and Method of Political Economy, 4.Aufl., London 1917
- Kirchner, Christian "Ökonomische Analyse des Rechts" und Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (antitrust law and economics), in: ZHR 144 (1980), S.563ff.
- Kirschstein, Friedrich Marktmacht und ihre Kontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München 1974
- Kirzner, Israel M. Wettbewerb und Unternehmertum Tübingen 1978
(Originaltitel: "Competition and Entrepreneurship, Chicago 1973)
- Klaue, Siegfried
(Hrsg.) u.a. Zur Problematik der Fusionskontrolle, Frankfurt/Main 1971
- Kleb, Gabriele Die Ressourcenvermutungen in § 23a I GWB - Abkehr vom Marktmachtkonzept?, Diss. Münster 1982
- Kleinmann, Werner -
Bechtold, Rainer Kommentar zur Fusionskontrolle, Heidelberg 1977
- Knöpfle, Robert Gesamtwirtschaftliche Vorteile eines Zusammenschlusses und überragendes Interesse der Allgemeinheit als Zulassungskriterien, in: WuW 1974, S.5ff.
- Köhler, Karl Heinz von Der Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung im Kartellrecht, in: NJW 1971, S.1537
- Koenigs, Folkmar Einige Probleme des § 18 GWB, in: Wettbewerb als Aufgabe - Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1968, S.301ff.
- Krause, Klaus Peter Wenn das Kartellamt Fusion duldet, in: FAZ vom 28.1.1976, S.11
- Krelle, Wilhelm Preistheorie, I. Teil, 2.Aufl., Tübingen 1976
- ders. Möglichkeiten und Grenzen der Konjunkturd Diagnose, in: Diagnose und Prognose als wirtschaftswis-

- Kübler, Friedrich Über die praktischen Aufgaben
zeitgemäßer Privatrechtstheorie,
Karlsruhe 1975
- Kuhlo, Karl Christian Die Wachstumsprognose, insbe-
sondere auch die Prognose der
Produktivitätsentwicklung,
in: Diagnose und Prognose als
wirtschaftswissenschaftliche Me-
thodenprobleme, Berlin 1962,
S.215ff.
- Kull, Edgar Zur Rechtsnatur des Verfahrens
in Kartell-Verwaltungssachen,
in: JZ 1961, S.681ff.
- Lambsdorff, Otto, Graf Geleitwort zur 4.Kartellgesetz-
novelle, in: WuW 1980, S.288ff.
- Langen, Eugen -
Niederleithinger, Ernst -
Schmidt, Ulrich Kommentar zum Kartellgesetz,
5.Aufl., Neuwigd 1977
- Lanzenberger, Fritz Fusionskontrolle durch das Bundes-
kartellamt, in: Auslegungsfragen
zur Zweiten GWB-Novelle (FIW-
Schriftenreihe Heft 66), Köln,
Berlin, Bonn, München 1974,
S.75ff.
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissen-
schaft, 4.Aufl., Berlin, Heidel-
berg, New York 1979
- Lautmann, Rüdiger Justiz - die stille Gewalt,
Frankfurt/Main 1972
- Lefferenz, Heinz Die Kriminalprognose, in: Hand-
buch der forensischen Psychiatrie
II (Hrsg. Göppinger und Witter),
Berlin, Heidelberg, New York
1972, S.1347ff.
- ders. Probleme der kriminologischen
Prognose, in: Kriminalbiologische
Gegenwartsfragen 3 (1958),
S.35ff.
- Lehmann, Ulf Wirtschaftliche Erkenntnis und recht-
liche Entscheidung. Gedanken zu
Problemen der Kooperation zwischen
Wirtschaftswissenschaft, Rechts-
wissenschaft und Rechtspraxis,
Diss. Bochum 1979

- Lerche, Peter Übermaß und Verfassungsrecht,
Köln 1961
- Lohr, Steve Antitrust: Big Business Breathes
Easier, in: The New York Times
vom 15.2.1981, Section 3,
S.1 und 22
- Lukes, Rudolf Zum Verständnis des Wettbewerbs
und des Marktes in der Denkkate-
gorie des Rechts, in: Wirtschafts-
ordnung und Rechtsordnung,
Festschrift zum 70. Geburtstag
von Franz Böhm, Karlsruhe 1965,
S.199ff.
- Lutz, Friedrich A. Das Problem der Wirtschaftspro-
gnosen, Tübingen 1955
- Machlup, Fritz The Economics of Sellers'
Competition, Baltimore 1952
- ders. Stichwort: Wettbewerb (III),
Wirtschaftstheoretische Betrachtung,
in: HdSW (1965), Bd.12, S.36ff.
- Meier-Reimer, Georg Neueste Entwicklung im Recht der
Fusionskontrolle unter besonderer
Berücksichtigung der 4.Novelle
zum GWB, in: GRUR 1980, S.969ff.
- Markert, Kurt Beurteilungsgesichtspunkte diagona-
ler Zusammenschlüsse anhand ame-
rikanischer Fälle, in: Wettbewerb
im Wandel, Eberhard Günther zum
65. Geburtstag, Baden-Baden
1976, S.407ff.
- ders. Anmerkung zum Beschluß des BGH
vom 21.2.1978 - KVR 4177 -, in:
BB 1978, S.678ff.
- ders. Mißbrauchsaufsicht nach §§ 22, 26
Abs.2 GWB, in: Schwerpunkte des
Kartellrechts 1976/77, FIW-
Schriftenreihe, H.81, Köln,
Berlin, Bonn, München 1978,
S.27ff.
- Marquardt, Wilhelm -
Strigel, Werner Der Konjunkturtest. Eine neue
Methode der Wirtschaftsbeobachtung,
in: Schriftenreihe des Ifo-Insti-
tuts für Wirtschaftsforschung,
Nr.38, Berlin, München 1959

- Marx, Thomas Kartell- und beweisrechtliche
Fragen zur Marktinformations-
verfahren, in: WuW 1975, S.620ff.
- ders. Wettbewerbsrecht,
Berlin 1978
- Matschke, Manfred
Jürgen Prognosen im Rahmen der
publizierten Rechnungslegung,
in: DB 1981, S.2289ff., 2339ff.,
2394ff.
- Maunz, Theodor -
Dürig, Günter -
Herzog, Roman -
Scholz, Rupert Grundgesetz. Kommentar
Loseblattsammlung, München
- Meier, Gert Wettbewerbswirkungen genossen-
schaftlicher Einkaufszusammen-
schlüsse (Rezensionsabhandlung
zur gleichnamigen Schrift von
Homrighausen), in: DB 1981,
S.2162f.
- Meilicke, Wienand Die Barabfindung für den ausge-
schlossenen oder ausscheidungsbe-
rechtigten Minderheits-Kapital-
gesellschafter, Berlin 1975
(= Diss. Bonn 1974)
- Mestmäcker, Ernst-
Joachim Bonn will Verhaltenskontrolle bei
Pressefusion streichen, in:
FAZ vom 2.1.1976, S.7
- ders. Die sichtbare Hand des Rechts,
Baden-Baden 1978
- ders. Europäisches Wettbewerbsrecht,
München 1974
- Mises, Richard von Wahrscheinlichkeit,
Statistik und Wahrheit, 4.Aufl.,
Wien, New York 1972
- Möschel, Wernhard Abschied von der Gegenstands-
theorie in § 1 GWB, in: NJW 1975,
S.94ff.
- ders. Der Oligopolmißbrauch im Recht der
Wettbewerbsbeschränkungen,
Tübingen 1974

- Möschel, Wernhard Dekonzentration als Mittel der Wettbewerbspolitik, in: Kontrolle von Marktmacht nach deutschen, europäischem und amerikanischem Kartellrecht, FIW-Schriftenreihe H.98, Köln, Berlin, Bonn, München 1981, S.41ff.
- ders. Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1979
- ders. Konglomerate Zusammenschlüsse im Antitrustrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, in: Rabels Zeitschrift 1980, S.203ff.
- ders. Wettbewerb im Schnittfeld von Rechtswissenschaft und Nationalökonomie, in: Tradition und Fortschritt im Recht, Festschrift gewidmet der Tübinger Juristenfakultät zu ihrem 500jährigen Bestehen, Tübingen 1977, S.333ff.
- ders. Wettbewerbsgesetz und Unternehmensentflechtung, in: ORDO XXXI (1980), S.69ff.
- Monopolkommission I. Hauptgutachten 1973/1975. Mehr Wettbewerb ist möglich, 2.Aufl., Baden-Baden 1977
- dies. II. Hauptgutachten 1976/1977, Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen, Baden-Baden 1978
- dies. III. Hauptgutachten 1978/79, Fusionskontrolle bleibt vorrangig, Baden-Baden 1980
- dies. Sondergutachten 2, Baden-Baden 1975
- dies. Sondergutachten 4-6, Baden-Baden 1977
- dies. Sondergutachten 7, Baden-Baden 1977
- dies. Sondergutachten 8, Baden-Baden 1979

Monopolkommission	Sondergutachten 11, Baden-Baden 1981
Moosecker, Karlheinz	Fusionskontrolle und Rechts- sicherheit, in: GRUR 1978, S.517ff.
Morgenstern, Oskar	Wirtschaftsprognose, Wien 1928
Müller, Heinz - Gießler, Peter - Scholz, Ulrich	Wirtschaftskommentar: Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbs- beschränkungen, 4. Aufl., Frankfurt/Main 1981
Musielak, Hans-Joachim	Das Överviktsprincip. Zum Verhältnis von richterlicher Überzeugung und Wahrscheinlich- keit, in: Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende? Festschrift für Gerhard Kegel, Frankfurt/Main 1977, S.451ff.
Nagel, Bernhard	Kann die Fusionskontrolle ihren Anspruch einlösen?, in: DB 1979, S.1021ff.
Nelson, Richard R.	Comments on a paper by Posner, in: University of Pennsylvania, Law Review (Vol.127), (1979), S.949ff.
Niederleithinger, Ernst	Praxis der Fusionskontrolle 1979/80 - Auslegungsfragen zu § 23ff. der Vierten GWB-Novelle, in: Schwer- punkte des Kartellrechts 1979/80, FIW-Schriftenreihe H.97, Köln, Berlin, Bonn, München 1971, S.33ff.
Nierhaus, Michael	Zur gerichtlichen Kontrolle von Prognoseentscheidungen der Verwaltung, in: DVBl. 1977, S.19ff.
Note	In: Harvard Law Review 92 (1978), S.491ff.
O'Brien, James	Potential Competition under the Sherman Act Cases, in: 12A.B.A. Antitrust Section, S.105ff. (1958)

- Oehler, Wolfgang Entflechtungen und Kontrahierungszwang: Methoden und Erfahrungen im amerikanischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Baden-Baden 1976
- Offterdinger, Helmut Zur Methode der Rechtsfindung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1976/77, FIW-Schriftenreihe H.81, Köln, Berlin, Bonn München 1978, S.1ff.
- Opp, Karl-Dieter Soziologie im Recht, Reinbek 1973
- Ossenbühl, Fritz Der polizeiliche Ermessens- und Beurteilungsspielraum, in: DöV 1976, S.463ff.
- ders. Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd.I, Tübingen 1976. S.458ff.
- ders. Vom unbestimmten Gesetzesbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung, in: DVBl. 1974, S.309ff.
- ders. Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit?, dargestellt am Beispiel der Entwicklungsplanung. Gutachten für den 50. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des Fünfzigsten Deutschen Juristentages, Band 1, Teil B, München 1974, S. B1ff.
- Papier, Hans-Jürgen Die rechtlichen Grenzen der Bauleitplanung, in: DVBl. 1975, S.461ff.
- Peltzman, Sam The Gains and Losses from Industrial Concentration, in: The Journal of Law and Economics, Vol.20 (1977), S.229ff.

- Pfeiffer, Gerd Grundfragen der Rechtskontrolle im Kartellverfahren, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1978/79, FIW-Schriftenreihe H.91, Köln, Berlin, Bonn, München 1980, S.1ff.
- Philippi, Klaus Jürgen Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, Köln, Berlin, Bonn, München 1971 (= Diss. Saarbrücken 1971)
- Picot, Arnold Prognose und Planung - Möglichkeiten und Grenzen, in: DB 1977, S.2149ff.
- Podlech, Adalbert Wertungen und Werte im Recht, in: AöR 95 (1970), S.185ff.
- Popper, Karl R. Logik der Forschung, 4.Aufl., Tübingen 1971
- Posner, Richard A. Divestiture, Deconcentration and Antitrust Policy, in: Kontrolle von Marktmacht nach deutschem, europäischem und amerikanischem Kartellrecht, FIW-Schriftenreihe H.98, Köln, Berlin, Bonn, München 1981, S.58ff.
- ders. The Chicago School of Antitrust Analysis, in: University of Pennsylvania Law Review (Vol.127), (1979), S.925ff.
- Raisch, Peter -
Sölter, Arno -
Kartte, Wolfgang Fusionskontrolle. Für und Wider. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1970
- Rahl, James A. Applicability of the Clayton Act of Potential Competition, in: 12 A.B.A. Antitrust Section (1958), S.128ff.
- Raisch, Peter Methodische Bedenken gegen Generalklauseln bei der gesetzlichen Ausgestaltung der Fusionskontrolle, in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Bd.II, Köln 1978, S.227ff.

- Raisch, Peter Zur Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe im Kartellrecht durch den Bundesgerichtshof am Beispiel der Preismißbrauchsaufsicht und der Fusionskontrolle, in: Festschrift für Robert Fischer, Berlin und New York 1979, S.547ff.
- Raisch, Peter -
Schmidt, Karsten Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaften, in: Grimm, Dieter (Hrsg.): Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, Bd.1, Frankfurt/Main 1973, S.143f.
- Ramrath, Stephan Die "überragende Marktstellung" als Merkmal der Fusionskontrolle, Köln, Berlin, Bonn, München 1978, (= Diss. Bochum 1978)
- Redeker, Konrad Fragen der Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, in: DöV 1971, S.757ff.
- Reich, Norbert Fusionskontrolle oder Fusionserlaubnis?, in: ZRP 1971, S.234ff.
- Riesenkampff, Alexander Zusagen im Fusionskontrollverfahren, in: WuW 1977, S.291ff.
- Rietdorf, Fritz -
Heise, Gerd -
Böckenförde, Dieter -
Strehlau, Bert Ordnungs- und Polizeirecht in Nordrhein-Westfalen - Kommentar - 2.Aufl., Stuttgart, München, Hannover 1972
- Rinck, Gerd Wirtschaftsrecht, 5.Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1977
- ders. Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe in Rechtsnormen, in: Recht im Wandel, Festschrift Hundertfünfzig Jahre Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München 1965, S.361ff.
- Rittner, Fritz Das Ermessen der Kartellbehörde, in: Festschrift für Heinz Kaufmann, Köln 1972, S.307ff.
- ders. Konzentrationskontrolle - aber wie?, in: DB 1970, S.669ff.
- ders. Rechtssicherheit im Kartellrecht, in: WuW 1969, S.65ff.

- Rittner, Fritz Wirtschaftsrecht,
Heidelberg, Karlsruhe 1979
- Rodenstock, Rolf Konzentration und Wettbewerb,
in: Wettbewerb im Wandel,
Eberhard Günther zum 65. Ge-
burtstag, Baden-Baden 1976,
S.117ff.
- ders. Wettbewerbspolitik, Rahmenbe-
dingungen und struktureller
Wandel, in: WuW 1978, S.121ff.
- Rogge, Peter G. Prognosen, in: Management Enzy-
klopädie, Bd.4, München 1971,
S.1269ff.
- Rosenberg, Leo -
Schwab, Karl Heinz Zivilprozeßrecht,
13.Aufl., München 1981
- Rothschild, Kurt W. Wirtschaftsprognose,
Methoden und Probleme,
Berlin, Heidelberg, New York 1969
- Säcker, Franz-Jürgen Zielkonflikte und Koordinations-
probleme im deutschen und euro-
päischen Kartellrecht,
Düsseldorf 1971
- Sambuc, Thomas Folgenerwägungen im Richter-
recht. Die Berücksichtigung von
Entscheidungsfolgen bei der
Rechtsgewinnung, erörtert am
Beispiel des § 1 UWG,
Berlin 1977 (gleichzeitig Diss.)
- Sander, Hergen Kritische Würdigung der Auf- und
Eingreifkriterien der Fusionskon-
trolle nach § 24 GWB,
Diss. Münster 1976
- Sandrock, Otto Die Anwendung des US amerika-
nischen Antitrustrechts auf die
vertikale Konzentration - Gut-
achten erstattet im Auftrag der
Deutschen Monopolkommission
(Veröffentlichung in Vorbereitung)
- ders. Grundbegriffe des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen,
München 1968
- ders. Hilfe für Juristen?, in: Der
Volkswirt 1970, Nr.28, S.42ff.

- Sandrock, Otto Kartellrecht und Genossenschaften,
Tübingen 1976
- ders. Keine wirksame Konzentrations-
kontrolle gewährleistet - Der
zweite Referenten-Entwurf bietet
Steine statt Brot, in: FAZ vom
30.10.1970, S.19
- Satzky, Horst Zusagen im Rahmen der Zusammen-
schlußkontrolle, in: ZHR 141 (1971),
S.554ff.
- Savage, Leonard J. The Foundations of Statistics,
2.Aufl., New York, Dover 1972
- Schenke, Wolf-Rüdiger Der Umfang der bundesverfas-
sungsgerichtlichen Überprüfung,
in: NJW 1979, S.1321ff.
- Scherer, F.M. Europäische Fusionskontrollpolitik,
die "Rule of Reason" und die Re-
gel der Geheimhaltung, in: WuW
1974, S.81ff.
- ders. Industrial Market Structure and
Economic Performance,
Chicago 1970
- ders. The Posnerian Harvest: Separating
Wheat from Chaff, in: The Yale Law,
Journal (Vol.86), 1977, S.974ff.
- Schlecht, Otto Perspektiven der Ordnungs- und
Wettbewerbspolitik, in: WuW 1978,
S.129ff.
- Schlink, Bernhard Inwieweit sind juristische Ent-
scheidungen mit entscheidungs-
theoretischen Modellen theoretisch
zu erfassen und praktisch zu bewäl-
tigen?, in: Jahrbuch für Rechts-
soziologie und Rechtstheorie II,
Düsseldorf 1972, S.322ff.
- Schmidt, Ingo US-amerikanische und deutsche
Wettbewerbspolitik gegenüber
Marktmacht, Berlin 1973
- Schmidt, Ingo Zum Begriff des Preiswettbewerbs
nach § 16 GWB, in: WuW 1964,
S.120ff.

- Schmidt, Karsten Antizipierte Mißbrauchskontrolle und formlose Wirtschaftsaufsicht nach dem GWB, in: WuW 1980, S.577ff.
- ders. Kartellverfahrensrecht - Kartellverwaltungsrecht - Bürgerliches Recht, Köln, Berlin, Bonn, München 1977
- Schmidt-Aßmann, Eberhard Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 34 (1976), S.221ff.
- Schmidt-Salzer, Joachim Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, Berlin 1968
- Schneider, Egon Beweis und Beweismwürdigung, 3.Aufl., München 1978
- Schneider, Erich Einführung in die Wirtschaftstheorie, II. Teil, 13.Aufl., Tübingen 1972
- ders. Propheten des Unprophezeibaren?, in: Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen, 1952, S.442f.
- Schneider, Hans K. Planifikation als normatives Informationssystem und als Koordinationsprinzip, in: ZGStW 120 (1964), S.329ff.
- Schöpf, Anton Das Prognoseproblem in der Nationalökonomie, Berlin 1966
- Scholz, Rupert Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, Stuttgart 1971
- ders. Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 34 (1976), S.145ff.
- ders. Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, Berlin 1971
- Scholz, Rupert Entflechtung und Verfassung, Baden-Baden 1981
- ders. Zusagen Privater und öffentlich-rechtliche Verträge im Rahmen der Fusionskontrolle, in: Wettbewerb im Wandel, Eberhard Günther zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1976, S.223ff.

- Schröder, Michael Einführung in die kurzfristige Zeitreihenprognose und Vergleich der einzelnen Verfahren, in: Peter Mertens (Hrsg.), Prognoserechnung, 4.Aufl., Würzburg und Wien 1981, S.23ff.
- Schütz, Jörg "Erwartungen" im Sinne des § 24 Abs.1 GWB bei vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen, in: WuW 1979, S.5ff.
- ders. Vermutungen statt Prognose, in: DB 1979, S.197ff.
- Schulte=Braucks, Reinhard Die Auflösung marktbeherrschender Stellungen, Baden-Baden 1980
- ders. Die Entflechtung als Aufgabe der Wettbewerbspolitik, in: BB 1981, S.1369ff.
- Schultz, Klaus Peter Die Vermutungen des § 23a GWB (unter besonderer Berücksichtigung der qualifizierten Oligopolvermutung des § 23a Abs.2), in: WuW 1981, S.102ff.
- Schumpeter, Joseph Das Wesen und der Hauptinhalt der theoretischen Nationalökonomie, Leipzig 1908
- ders. Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, Bern, München 1950
- Schwartau, Cord Phasenkonzepte, Unternehmensverhalten, Wettbewerb, Berlin 1977
- Schwippert, Emil Die Ermessensentscheidungen der Kartellbehörden und die Prüfungsbefugnis der Kartellgerichte, Diss. Bonn 1974
- Segelmann, Frank Wettbewerb und Rationalisierung unter Berücksichtigung der Syndikate und Spezialisierungskartelle, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, Köln, Berlin, Bonn, München 1968, S.137ff.

- Seidenfus, Hellmuth
Stefan -
Ewers, Hans-Jürgen Wettbewerbspolitik und die Auf-
gabe der Gerichte, in: Festschrift
für Gunther Hartmann (= FIW-
Schriftenreihe, H.75), Köln, Ber-
lin, Bonn, München 1976, S.303ff.
- Seidler, Hanns-Hermann Rechtsschutz bei staatlicher Wirt-
schaftsplanung, Berlin 1973
- Selmer, Peter Unternehmensentflechtung und
Grundgesetz, Köln, Berlin, Bonn,
München 1981
- Smith, Adam Der Wohlstand der Nationen. Eine
Untersuchung seiner Natur und
seiner Ursachen, (= Deutsche Über-
setzung), München 1974
- Soell, Hermann Das Ermessen der Eingriffsverwal-
tung, Heidelberg 1973
- Stackelberg, Hein-
rich von Grundlagen der theoretischen
Volkswirtschaftslehre, 2.Aufl.,
Tübingen und Zürich 1951
- Steindorff, Ernst Zur Novellierung des Kartellrechts,
in: BB 1970, S.824ff.
- ders. Zur Verstärkung einer marktbe-
herrschenden Stellung nach der
GKN/Sachs-Entscheidung des BGH
vom 21. Februar 1978 - KVR 4/77,
in: ZGR 1978, S.778ff.
- Stekler, Herman O. Economic Forecasting,
London 1970
- Stürer, Bernhard Zum autonomen (kontrollfreien)
Gestaltungsraum von Gesetzgeber
und Verwaltung, in: DVBl. 1974,
S.314ff.
- Sullivan, Lawrence
Anthony Handbook of the Law of Antitrust,
St.Paul, Minn. 1977
- Tettinger, Peter J. Rechtsanwendung und gerichtliche
Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungs-
recht, München 1980
- Tetzner, Heinrich Kartellrecht,
2.Aufl., München 1967

- Thiesing, Jochen Die Abgrenzung des relevanten Marktes in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu Art.85 und 86 EWGV, in: Festschrift für Gunther Hartmann, FIW-Schriftenreihe H.75, Köln, Berlin, Bonn, München 1976, S.355ff.
- Tinbergen, Jan Die Prognose als Basis der Wirtschaftspolitik, in: Diagnose und Prognose als wirtschaftswissenschaftliche Methodenprobleme, Berlin 1962, S.436ff.
- Thomas, Heinz -
Putzo, Hans Zivilprozeßordnung, 10.Aufl., München 1978
- Tolksdorf, Michael Stand und Entwicklungstendenzen der Wettbewerbstheorie, in: WuW 1980, S.785ff.
- Traumann, Christian
Clemens Die Zusage im Verfahren der Zusammenschlußkontrolle, Köln, Berlin, Bonn, München 1977 (= Diss, Münster 1977)
- Tuchfeldt, Egon Über die Staatsfunktionen bei Adam Smith, in: ORDO 27, S.29ff.
- Turner, Donald F. Conglomerate Mergers and Section 7 of the Clayton Act, In: Harvard Law Review 78 (1965), S.1313ff.
- US-Department of Justice Merger Guidelines, Washington, 30. Mai 1968 mit deutscher Übersetzung abgedruckt in WuW 1969, S.94ff.
- Vajna, Thomas Prognosen für die Politik. Grenzen, Fehler, Möglichkeiten der Wirtschaftsprognosen, Köln 1977
- Wälde, Thomas W. Juristische Folgenorientierung "Policy Analysis" und Sozialkybernetik: Methodische und organisatorische Überlegungen zur Bewältigung der Folgenorientierung im Rechtssystem, Königstein/Ts. 1979 (= Diss. Frankfurt 1977)

- Weaver, Warren Wissenschaft und Komplexität,
in: ORDO XVIII (1967), S.163ff.
- Wagenführ, Horst Industrielle Zukunftsforschung,
München 1970
- Weber, Max Die "Objektivität" sozialwissen-
schaftlicher und sozialpolitischer
Erkenntnis, in: Gesammelte Auf-
sätze zur Wissenschaftslehre
(Hrsg.: Johannes Winkelmann),
2.Aufl., Tübingen 1951, S.146ff.
- Weippert, Georg Zur verstehenden Methode,
in: Diagnose und Prognose als
wirtschaftswissenschaftliche Me-
thodenprobleme, Berlin 1962,
S.166ff.
- Weitnauer, Hermann Wahrscheinlichkeit und Tatsachen-
feststellung, in: Karlsruher Forum.
1966, S.3ff.
- Westrick, Klaus -
Loewenheim, Ulrich Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen, 4.Aufl., Herne,
Berlin 1977ff.
- Wieczorek, Bernhard Zivilprozeßordnung und
Nebengesetze, 2.Aufl.,
Berlin, New York 1976
- Winter, Gerd Tatsachenurteile im Prozeß rich-
terlicher Rechtsetzung, in: Rechts-
theorie 1971, S.171ff.
- Wirz, Hanns Bernhard Einige Bemerkungen zur Fusions-
kontrolle, in: WuW 1973, S.250ff.
- ders. Die vermutete Marktbeherrschung,
in: WuW 1975, S.611ff.
- Wolf, Dieter Fortentwicklung der Fusions-
kontrolle, in: WuW 1980,
S.462ff.
- Wolf, Dieter -
Wallraff, Arnold Tendenzen der Gesetzgebung zur
Kontrolle der Unternehmens-
Konzentration, in: Betriebswirt-
schaftliche Forschung und Praxis
1979, S.229ff.
- Wolff, Hans Julius -
Bachof, Otto Verwaltungsrecht I
9.Aufl., München 1974

- Würdinger, Hans Rechtskontrolle der Verfügungen
der Kartellbehörden durch die
Gerichte (§ 70 Abs.4 GWB), in:
WuW 1958, S.392ff.
- Zuck, Rüdiger Political-Question-Doktrin,
Judicial-self-restraint und das
Bundesverfassungsgericht, in:
JZ 1974, S.361ff.
- Zwiedineck=Südenhorst, Typus und Gesetz, in: ZStW 109,
Otto von (1953), S.385ff.

EINLEITUNG

Zweck des Wettbewerbsrechts ist es, Gefahren für den Wettbewerb als Bestandteil einer freien, marktwirtschaftlichen Ordnung abzuwehren¹.

Der Begriff "Gefahr" kennzeichnet eine Situation, in der es noch nicht zu einem Schaden für die Schutzgüter des GWB gekommen ist, in der ein Schadenseintritt aber aufgrund bestimmter Umstände als wahrscheinlich erscheint².

Aus diesem Grunde kommt es im Wettbewerbsrecht vielfach darauf an, zukünftige Entwicklungen, die den freien Wettbewerb einschränken können, zu erkennen, ihre Wahrscheinlichkeit abzuschätzen und auf Grundlage dieser Prognose Entscheidungen zu treffen, welche geeignet sind, das angestrebte Ziel, die Sicherung der freien Marktordnung, zu erreichen.

Dementsprechend sind zentrale Tatbestände des GWB in einer Weise formuliert, welche eine Prognose als Entscheidungsgrundlage entweder ausdrücklich erfordert oder aber zumindest nahelegt.

Zwar sind derartige Zukunftsbetrachtungen als Grundlage für die Anwendung einer Rechtsnorm durchaus keine Spezialität

1 Über dieses grundlegende Ziel des Wettbewerbsrechts besteht in der wettbewerbsrechtlichen Diskussion ein Grundkonsens. Der BGH spricht insoweit von der "auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes", BGHZ 31, 109 ("Glasglühkörper"); 38, 102 ("Grote-Revers") und BGH, WuW/E BGH 1031 ("Sportartikelmesse II"). Vgl. zur Zielsetzung auch Immenga/Mestmäcker in: Immenga-Mestmäcker, Einleitung Rdn.1ff.; von Gamm, Einführung Rdn.10; Wirz, WuW 1973, S.252f.; Möschel, ORDO XXXI (1980), S.71 sowie Biedenkopf, Gaedertz, Kartte, Rodenstock, Schlecht, WuW 1978, S.101ff., 110ff., 114ff., 121ff., 129ff. Zur Frage wieweit sonstige, "wettbewerbstranszendente" Ziele erreicht werden sollen, Möschel, a.a.O.

2 Diese Definition entspricht dem allgemeinen Gefahrbegriff sowohl im Zivil- als auch im Polizei- und Ordnungsrecht.

des Kartellrechts. Sie kommen z.B. auch im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht¹, Zivil-² und Strafrecht³ sowie in prozessualen Vorschriften zivil-⁴ und strafrechtlicher⁵ Art vor.

Zum Teil werden hypothetische Prognosen, deren Richtigkeit sich nachträglich nicht überprüfen läßt, verlangt, etwa in § 252 S.2 BGB, wo der Gewinn zu ermitteln ist, "der mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte", oder in der Vorschrift des § 844 II BGB, die den Rechtsanwender dazu veranlaßt, Überlegungen über die mutmaßliche Dauer eines Lebens anzustellen.

Schließlich sind Prognosen in einem dem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht näherstehenden Gebiet, dem Kapitalgesellschaftsrecht, erforderlich. Bei der Festsetzung der Barabfindung des ausgeschlossenen oder ausscheidungsberechtigten Minderheitsgesellschafters ist die wahrscheinliche Entwicklung des Unternehmenswertes zu berücksichtigen⁶ und im Rahmen des § 159 AktG ist eine Prognose der künftigen Pensionszahlungen erforderlich⁷.

1 Die zentralen Eingriffsermächtigungen der landesrechtlichen Polizei- bzw. Ordnungsbehördengesetze beruhen, zurückgehend auf § 14 PVG und § 10 II 17 ALR auf dem Begriff der Gefahr, der inhaltlich eine Prognose über die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintrittes voraussetzt.

2 Z.B. §§ 904, 907, 908 BGB.

3 Vgl. z.B. die Bewährungsprognose des § 56 StGB oder aus dem Bereich des Strafvollzuges § 13 StVollzG ("Entweichungs- und Mißbrauchsfahr").

4 Vgl. die Arrestvoraussetzung des § 917 I ZPO.

5 Im Strafverfahren beurteilt sich die Frage, ob Anklage zu erheben bzw. die Hauptverhandlung nach § 203 StPO zu eröffnen ist ("hinreichender Tatverdacht") nach der Wahrscheinlichkeit, mit der die Verurteilung zu erwarten ist.

6 Vgl. dazu Würdinger in Großkomm. AktG § 305 Anm.13; sowie Meilicke, S.80ff.

7 Hierzu Matschke, DB 1981, S.2289ff., 2339ff., 2394ff. m.w. Nachw.

Prognosen liegen also eine Vielzahl von Gerichts- und Behördenentscheidungen zugrunde.

Auch wird, insbesondere von der Lehre der sog. "juristischen Folgenorientierung"¹ gefordert, daß der Rechtsanwender allgemein den Blick auf die möglichen Folgen seines Handelns zur wesentlichen Grundlage des Rechtsfindungsprozesses machen muß, was ebenfalls eine Prognose künftiger Entwicklungen und Wirkungen voraussetzt.

Wenn auf der Tatbestandsseite einer Norm Raum für die Berücksichtigung prognostischer Elemente ist, so kann dies zweierlei bedeuten. Zum einen kann es sich um Vorschriften handeln, die grundsätzlich auf eine gegenwärtige Tatbestandserfüllung abstellen, deren Anwendungsbereich aber dadurch erweitert wird, daß zusätzlich auch bereits die Erwartung der zukünftigen Verwirklichung des Tatbestandes die Rechtsfolge auslöst. Man könnte insoweit von Prognoseentscheidungen im weiteren Sinne sprechen. In diese Kategorie fallen z.B. die Prognoseentscheidungen im Bereich der Gefahrenabwehr nach § 14 OBG/NW. Nach dieser Norm kann die Ordnungsbehörde sowohl zur Abwehr einer bereits eingetretenen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung tätig werden, als auch zur Abwehr von Gefahren, also zur Verhinderung künftiger Störungen.

Demgegenüber existieren auch Vorschriften, für deren Anwendung es auf die Gegenwart überhaupt nicht ankommt, sondern ausschließlich auf einen in der Zukunft liegenden Beurteilungszeitpunkt (Prognoseentscheidungen im engeren Sinne). Eine derartige Prognoseentscheidung ist z.B. nach § 56 StGB zu treffen, wenn über die Strafaussetzung zur Bewährung zu befinden ist. Es kommt bei dieser Entscheidung nicht darauf

1 Vgl. Podlech, AöR 95 (1970), S.201; Schlink, Jahrbuch für Rechtsoziologie und Rechtstheorie II (1972), S.342; Wälde, passim; Winter, Rechtstheorie 1971, S.178f.; sowie vor allem Sambuc, Folgenerwägungen im Richterrecht, insbesondere S.128ff.

an, ob der Verurteilte zum Zeitpunkt der Gerichtsentscheidung oder kurz darauf keine Straftaten begeht, sondern ausschließlich auf die Zukunft. Ebenso ist bei der Berücksichtigung der künftigen Pensionszahlungen nach § 159 AktG oder bei der Festsetzung der Barabfindung nach § 305 AktG notwendigerweise eine Prognose vorzunehmen.

Bedeutsam ist die aufgezeigte Differenzierung immer dann, wenn sich die zukünftige Entwicklung in zwei Richtungen bewegt. Während es bei den Prognoseentscheidungen i.w.S. ausreicht, daß der den Gegenstand der Prognose bildende Tatbestand irgendwann in Gegenwart oder Zukunft auftritt und unerheblich ist, ob er nachher weiterbesteht, muß er bei den Prognoseentscheidungen i.e.S. zu einem bestimmten in der Zukunft liegenden Zeitpunkt vorliegen. So reicht es z.B. im Rahmen des § 305 AktG nicht aus, wenn festgestellt werden kann, daß die Ertragsentwicklung des Unternehmens im Jahre nach dem Ausscheiden des Abfindungsberechtigten besonders gut ist. Vielmehr muß auch eine ggf. für das darauffolgende Jahr zu erwartende besonders schlechte Ertragsentwicklung berücksichtigt werden. Für das Kartellrecht ist die Differenzierung in Prognoseentscheidungen i.e.S. und i.w.S. dann bedeutsam, wenn schwankende Marktentwicklungen vorherzusehen sind. Dies wird bei der Abhandlung der Prognoseentscheidungen des § 24 I GWB noch zu zeigen sein¹.

Obwohl Prognosen, wie bereits dargelegt wurde, bei der Rechtsanwendung in weitem Umfange erforderlich sind, werden die Besonderheiten, die hieraus folgen, in Rechtsprechung und Literatur nur in einigen wenigen Bereichen, z.B. im Verwaltungsrecht² oder im Zusammenhang mit der strafrechtlichen Bewährungsprognose³ ausgiebig diskutiert. In den anderen Fällen wird zwar (meist intuitiv) aufgrund von Prognosen geur-

1 Siehe S.31f.

2 Vgl. Nierhaus, DVBl. 1977, S.19ff. m.w.Nachw.

3 Vgl. Leferenz, Handbuch, S.1347ff. m.w.Nachw.

teilt; Überlegungen über Möglichkeit und Methodik der Prognoseerstellung, den erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrad, den maßgeblichen Zeithorizont etc. fehlen aber. Dabei wird vernachlässigt, daß für Vorhersagen künftiger Ereignisse andere Regeln gelten als für die Feststellung gegenwärtiger Tatsachen. Jeder Prognose, unabhängig davon, ob sie im wirtschaftlichen, sozialen oder naturwissenschaftlichen Bereich stattfindet, ist ein gewisses Maß an Unsicherheit immanent. Selbst die "exakte", naturwissenschaftliche Vorhersage ist noch Bedingungen unterworfen. So ist - um ein bekanntes Beispiel aufzugreifen - die Vorhersage, daß morgen die Sonne aufgeht, von der Bedingung abhängig, daß zwischenzeitlich kein Weltuntergang stattfindet. In diesem Beispiel ist die Unwahrscheinlichkeit des Bedingungseintrittes und damit die hohe Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit der Prognose evident. Die naturwissenschaftliche Prognose kann daher als "nicht wesentlich eingeschränkt"¹ bezeichnet werden. Anders ist die Sachlage demgegenüber bei den im Kartellrecht erforderlichen Prognosen: Dort gehen die Einschränkungen, bedingt durch den Prognosegegenstand, erheblich weiter. Die kartellrechtlichen Prognosen beziehen sich nämlich in erster Linie auf wirtschaftliche Sachverhalte. Wie alle Phänomene des Soziallebens sind komplexe wirtschaftliche Vorgänge aber von einer ungleich größeren Zahl von Bedingungen, von denen wiederum eine Vielzahl Variable sind, abhängig. Ändert sich der Datenkranz der Bedingungen, geht auch die Prognose fehl. Diese Komplexität unterscheidet die kartellrechtlichen Prognosen von denen in den meisten anderen Rechtsbereichen. So ist es überschaubarer, im Rahmen der Gefahrenabwehr vorherzusagen, ob ein Baum oder eine Mauer umstürzen wird, als das Ergebnis eines langdauernden Marktprozesses, der von vielfältigen Wechselwirkungen geprägt wird, zu prognostizieren. Die Komplexität der letzteren Vorhersage gibt sogar zu Zweifeln darüber Anlaß, ob die im Kar-

1 Giersch, S.39.

tellrecht vorzunehmenden Prognosen überhaupt möglich sind, oder ob der Gesetzgeber hier nicht etwas Unmögliches verlangt¹.

Hinzu kommt, daß die im Kartellrecht notwendige Wirtschaftsprognose eine Voraussage über das Verhalten von Menschen mitumfaßt. Hierin liegt ein Unterschied zur naturwissenschaftlichen Vorhersage. Zwar kommen derartige Verhaltensprognosen auch im Zivilrecht oder bei der strafrechtlichen Bewährungsprognose vor. Die Besonderheit im Kartellrecht besteht aber darin, daß es in der Regel nicht auf die Vorhersage des Verhaltens eines einzelnen Individuums, sondern auf das Resultat der Handlungen einer Vielzahl von Individuen, welche unterschiedliche Interessen verfolgen, ankommt. Die induvial-psychologischen Prognosemethoden, welche z.B. im Bereich der Kriminalprognose weite Verbreitung gefunden haben, scheiden daher für die kartellrechtliche Beurteilung aus. Darüber hinaus wird das Komplexitätsproblem noch durch das Problem der Informationsbeschaffung verschärft, da dem Rechtsanwender eine Vielzahl von Daten über die Marktteilnehmer und ihr Verhalten nicht zugänglich sind.

Die Komplexität der wirtschaftlichen Vorgänge einerseits und die Indeterminiertheit menschlichen Verhaltens andererseits bewirken somit, daß Wirtschaftsprognosen nie mehr als Wahrscheinlichkeitsurteile darstellen können. Die Kartellrechtstatbestände verlangen aber vom Rechtsanwender, daß er derartige, verhältnismäßig unsichere Vorhersagen zur Grundlage seiner rechtlichen Entscheidung macht. So sind die Entwicklung der Märkte und ihrer Struktur, das Verhalten der Marktteilnehmer sowie in Einzelfällen auch Marktergebnisse zu prognostizieren.

Aus dem Vorangegangenen erhellt, daß die dem Kartellrechtsanwender obliegende Prognoseaufgabe neben der juristischen Durchdringung auch die Berücksichtigung der Erkenntnisse

1 Siehe hierzu unten S.84ff.

der Wirtschaftswissenschaften erfordert¹. Es kann dabei nicht Aufgabe des Juristen sein, selbst nach wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnis zu forschen oder ökonomische Theorien aufzustellen. Ebenso wenig kann er seine Aufgabe der Gesetzesauslegung dadurch befriedigend lösen, daß er ungeprüft und unverarbeitet Ergebnisse der Wirtschaftswissenschaften übernimmt, ohne sie in die "Denkkategorie des Rechts"² zu übersetzen. Darüber besteht heute im wesentlichen kein Streit mehr³. Der Rechtsanwender hat vielmehr zu prüfen, ob und inwieweit die Wirtschaftswissenschaften Hilfen zur Normauslegung sowie tatsächliche Grundlagen für die spezifisch juristische Entscheidungsfindung anzubieten vermögen. Ebenso hat der Jurist zu berücksichtigen, auf welche Weise die Wirtschaftspraktiker die sich ihnen täglich stellenden Prognoseaufgaben lösen. Denn unternehmerisches Handeln ist stets zukunftsgerichtet und ohne stillschweigende oder offen zutage tretende Prognosen der Unternehmer nicht denkbar.

Die vorliegende Arbeit legt zunächst den Anwendungsbereich kartellrechtlicher Prognosen dar und untersucht, welche Ent-

1 Aus den zahlreichen Beiträgen zum Verhältnis Rechtswissenschaft - Wirtschaftswissenschaften siehe nur Raisch-Schmidt, Rechtswissenschaften und Wirtschaftswissenschaften; Rinck, Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe in Rechtsnormen; Sandrock, Grundbegriffe, S.28; ders., Einheit der Wirtschaftsordnung, S.2; Möschel, Wettbewerb im Schnittfeld von Rechtswissenschaft und Nationalökonomie; Seidenfuss-Ewers, Wettbewerbspolitik und die Aufgabe der Gerichte; Erlinghagen, Zur Verwendbarkeit wirtschaftswissenschaftlicher Theorien als Beweismittel im Kartellverfahren; Hintze, Wie kann die Volkswirtschaftslehre der Rechtsfindung nützlich sein?; U. Lehmann, Wirtschaftliche Erkenntnis und rechtliche Entscheidung, Diss. Bochum 1979; Tettinger, Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht, S.142ff.

2 Lukes, Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in: Festschrift zum 70. Geburtstag für Franz Böhm, 1965, S.199ff.

3 Vgl. Immenga-Mestmäcker in: Immenga-Mestmäcker, Einleitung, Rdn. 29 m.w.Nachw.

scheidungen des Wettbewerbsrechts auf der Beurteilung von Zukunftsentwicklungen aufbauen.

Sodann zeigt sie die Probleme auf, die sich daraus ergeben, daß der Kartellrechtsanwender derartige, von Unsicherheit geprägte Prognosen zur Grundlage seiner Entscheidung machen muß, und versucht, Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen. Dabei ist es nicht das Ziel dieser Untersuchung, Patentrezepte für alle bei der Kartellrechtsanwendung vorkommenden Prognosen vorzuweisen. Hierzu ist die Anzahl der möglichen Variationen der Lebenssachverhalte zu groß, und die den Prognosen zugrundeliegenden Bedingungskonstellationen sind zu vielfältig. Vielmehr sollen die methodischen Grundlagen der Prognoseerstellung herausgearbeitet und auf dieser Grundlage allgemeingültige Aussagen getroffen werden, welche dem Rechtsanwender die Umsetzung der theoretischen Erkenntnisse in die Praxis erleichtern sollen.

Anschließend sind die rechtlichen und faktischen Grenzen der Prognosen - insbesondere im Hinblick auf das Zeitmoment sowie die erforderliche Wahrscheinlichkeit - abzustecken.

Hierbei ist besonders die rechtsstaatliche Problematik zu berücksichtigen, welche sich daraus ergibt, daß Prognosen als Basis für kartellrechtliche Eingriffe dienen.

Schließlich ist auf die Frage des Umfangs der gerichtlichen Nachprüfbarkeit von Prognoseentscheidungen, auf die Problematik der sog. "Kontrolldichte", einzugehen.

ERSTER TEIL
DER ANWENDUNGSBEREICH KARTELLRECHTLICHER
PROGNOSEN

In diesem Teil der Untersuchung wird dargelegt, welche kartellrechtlichen Entscheidungen Prognosen künftiger Entwicklungen erfordern und auf welche Gegenstände diese Vorhersagen sich beziehen. Dies geschieht überblickartig, da die Einzelprobleme, welche trotz unterschiedlicher tatbestandlicher Formulierungen zumeist Gemeinsamkeiten aufweisen im zweiten Teil der Untersuchung (vgl. unten S.78ff.) abgehandelt werden.

A. § 1 GWB - KARTELLVERBOT UND PROGNOSE -

Anlaß für den Rechtsanwender, sich Gedanken über zukünftige Entwicklungen sowie die Möglichkeit ihrer Prognose zu machen, bietet gleich die erste Zentralvorschrift des GWB, das Kartellverbot des § 1.

I. Prognoseerfordernis

Voraussetzung für die Unwirksamkeit der dort genannten Verträge¹ ist nämlich, daß diese "geeignet sind, die Erzeugung oder Marktverhältnisse ... durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen".

Das Kriterium der Eignung zur Marktbeeinflussung macht deutlich, daß es im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht zu einer konkreten negativen Auswirkung gekommen sein muß.

1 Bzw. der gleichgestellten Beschlüsse, gentlemen agreements etc. Wenn im folgenden von "Vertrag" gesprochen wird, so geschieht dies exemplarisch für alle dem § 1 GWB unterliegenden Verhaltensweisen.

Vielmehr ist allgemein anerkannt, daß eine zukünftige Marktbeeinflussung ausreicht¹. Um diese zu ermitteln, ist zu untersuchen, ob der Vertrag nach "allgemeiner wirtschaftlicher Erwartung voraussichtlich zur Marktbeeinflussung führen wird"². Mit anderen Worten ist eine gesicherte Prognose gefordert.

Der für diese Prognose erforderliche Wahrscheinlichkeitsgrad ist jedoch im einzelnen umstritten. Das Meinungsspektrum ist breit gefächert. Es reicht von der Auffassung, jede, auch entfernte, Möglichkeit der Marktbeeinflussung reiche aus³, der Ansicht, nur "ernsthaft in Betracht kommende Möglichkeiten"⁴ seien zu berücksichtigen, über die Formel von der "gewissen Wahrscheinlichkeit"⁵ bis hin zum Erfordernis eines "gesteigerten Grades"⁶ an Wahrscheinlichkeit. Wie schon diese zum Teil nichtssagenden, jedenfalls aber ausfüllungsbedürftigen Formulierungen zeigen, handelt es sich bei der Ermittlung der Wahrscheinlichkeitsanforderungen um ein schwieriges Problem. Da dieses nicht nur im Rahmen des § 1 GWB, sondern bei jeder Prognoseentscheidung auftaucht, soll es eingehend unten im zweiten Teil dieser Untersuchung (S.142ff.) erörtert werden.

Für die Interpretation des § 1 GWB soll lediglich festgehalten werden, daß die erste der vorgestellten Auslegungsalternativen, die jede entfernte theoretische Möglichkeit als Eignung ansieht,

1 BGH, WuW/E BGH 363 ("Glasglühkörper"); 1354 ("Schnittblumentransport"); 1461f. ("Fertigbeton"); OLG Stuttgart, WuW/E OLG 700; Baumbach-Hefermehl (8.Aufl.), § 1 GWB Rdn.45; Frankfurter Komm. § 1 GWB Rd.51; Immenga in GK § 1 GWB Anm.97; Müller-Gießler-Scholz, § 1 GWB Rdn. 136; Westrick-Loewenheim, § 1 GWB Rdn.79; Emmerich, Kartellrecht, S.62; Rittner, Wirtschaftsrecht, S.351.

3 Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 1 GWB Rdn.32.

3 Baumbach-Hefermehl, a.a.O.

4 Immenga, a.a.O.

5 OLG Stuttgart, a.a.O.

6 Fankfurter Komm., a.a.O.; Müller-Gießler-Scholz, a.a.O.; Tetzner, S.16.

schon vom allgemeinen Sprachgebrauch ausscheidet. Eignung bedeutet spezifische Brauchbarkeit. Eine solche liegt bei weit entfernten Möglichkeiten der Marktbeeinflussung nicht vor.

II. Die Auswirkungen des zu § 1 GWB bestehenden Theorienstreites zwischen Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie auf das Prognoseerfordernis

Die zum Verhältnis von Vertrag und Beschränkung bestehenden Theorien könnten sich in unterschiedlicher Weise auf die Notwendigkeit und Ausgestaltung einer Prognose auswirken.

1. Gegenstandstheorie

Nach der Gegenstandstheorie, welche früher herrschend war und welche auch heute noch stark vertreten wird¹, fällt ein Vertrag nur dann unter § 1 GWB, wenn der Gegenstand der vertraglichen Bindung eine Beschränkung des Wettbewerbs ist. Auch für erst in der Zukunft stattfindende Wettbewerbsbeschränkungen muß sich nach dieser Theorie bereits anhand des Vertragsgegenstandes die Beschränkung ablesen lassen. Zukünftige Wettbewerbsbeschränkungen werden daher nach der Gegenstandstheorie nur in Ausnahmefällen erfaßt. Dies ist z.B. der Fall, wenn zwei Unternehmen in einem umfassenden Vertrag verschiedene Formen wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen vereinbaren, welche erst stufenweise, nach und nach, durchgeführt werden sollen. Dagegen ist für Prognosen weiterer Wettbewerbsbeschränkungen, die nicht in der Vereinbarung enthalten sind, wohl aber aus ihr erwachsen können, im Rahmen der Gegenstandstheorie kein Raum.

1 So von Baumbach-Hefermehl, 8.Aufl., § 1 Anm. 28; Frankfurter Komm., § 1 Rdn.26; Müller-Henneberg, in: GK § 1 Rdn.69; Benisch, WuW 1976, S.224ff.; Jäger, S.105f.; in modifizierter Form Müller-Gießler-Scholz, Rdn. 91b.

2. Zwecktheorie

Nach der insbesondere von Fikentscher¹ vertretenen sog. Zwecktheorie, welcher sich auch die Rechtsprechung weitgehend angenähert hat², ist entscheidend, ob der von den Parteien mit der Vereinbarung verfolgte Zweck in einer Wettbewerbsbeschränkung bestand. Auch nach dieser Auffassung, die von der subjektiven Zielsetzung der Parteien ausgeht, ergibt sich hinsichtlich der Wettbewerbsbeschränkungen kaum Anlaß zur Vornahme einer Prognose. Es kommt nicht darauf an, ob der Vertrag objektiv den Eintritt einer Wettbewerbsbeschränkung erwarten läßt, sondern darauf, ob eine solche bezweckt, gewollt war. Der Rechtsanwender hat daher im Rahmen der Beurteilung eines Vertrages nach der Zwecktheorie keine eigene Vorhersage zu treffen. Vielmehr übernimmt er lediglich die von den Parteien vorgenommene subjektive Prognose, nämlich die Einschätzung ihres Vertrages als zur Zweckerreichung geeignet.

3. Folgetheorien

Demgegenüber erfordern die von der Literatur überwiegend vertretenen Folgetheorien³ eine umfassende prognostische Betrachtung.

Die Folgetheorien stellen bei der Beurteilung eines Vertrages nach § 1 GWB darauf ab, ob dieser wettbewerbsbeschränkende Wirkungen zeitigt. Es ist demnach zu prüfen, ob derartige Wirkungen aufgrund der Vereinbarung zu erwarten sind. Nach

1 Fikentscher, WuW 1960, S.681f.; ders. Festschrift für Harry Westermann, S.87ff.

2 Grundlegend BGHZ 65, 30ff. ("ZVN").

3 Benkendorff, WRP 1962, S.318ff.; Hoppmann, DB 1970, S.93; Möschel, NJW 1975, S.93; Säcker, S.56ff.; Sandrock, Grundbegriffe, S.236ff.; ders., Kartellrecht und Genossenschaften, S.42ff.; ebenso BKartA, WuW/E BKartA 1351, 1969.

der sog. eingeschränkten Folgetheorie¹ kommt hinzu, daß die wettbewerbsbeschränkenden Folgen für die Beteiligten bei Vertragsschluß objektiv vorhersehbar sein müssen². Abgestellt wird dabei auf den Standpunkt des durchschnittlichen Beobachters³, bzw. nach anderer Ansicht⁴ auf die Sicht eines "verantwortungsvoll handelnden Unternehmers".

Das Prognoseproblem stellt sich, je nachdem, ob man der uneingeschränkten oder der eingeschränkten Folgetheorie den Vorzug gibt, in unterschiedlichem Ausmaß.

a) Nach der uneingeschränkten Folgetheorie fällt eine Vereinbarung automatisch unter § 1 GWB, wenn sich tatsächlich wettbewerbsbeschränkende Wirkungen feststellen lassen, welche kausal auf die Vereinbarung zurückzuführen sind. Eine Prognose ist nur dann erforderlich, wenn die zu beanstandenden Wirkungen tatsächlich noch nicht vorliegen, wenn also § 1 GWB präventiv abgewandt werden soll. Dann ist entscheidend, ob eine objektive Vorhersage mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu dem Ergebnis führt, daß wettbewerbsbeschränkende Folgen eintreten werden.

b) Dies ist anders unter Zugrundelegung der eingeschränkten Folgetheorie. Hier ist - auch in den Fällen, in denen die Wettbewerbsbeschränkung bereits tatsächlich eingetreten ist - zu

1 Diese wird insbesondere vertreten von J.F. Baur, ZHR 134, S.118; ders., JZ 1978, S.590; Emmerich, BB 1975, S.767; ders., Kartellrecht, S.58; Rinck, Rdn. 791; Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, a.a.O.; Steindorff, BB 1970, S.828; Monopolkommission, Sondergutachten 7; Tz. 185; Westrick-Loewenheim, § 1 Rdn.57; Immenga in: Immenga-Mestmäcker, § 1 Rdn.325.

2 Emmerich, Kartellrecht, S.56.

3 Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, S.52.

4 Ballerstedt, Festschrift für Böhm, S.192.

untersuchen, ob ein objektiver Beobachter schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen vorhersehen konnte. Es ist also ex post eine Prognose vom Standpunkt ex ante vorzunehmen. Eine Aufgabe, die sich angesichts der Tatsache, daß zum Zeitpunkt der Prognoseerstellung die Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, das Kind sozusagen schon in den Brunnen gefallen ist, als äußerst delikat darstellt¹. Man muß sich daher vergegenwärtigen, daß man sich bei der Vorhersehbarkeitsprüfung nicht allzusehr von der - im nachhinein erworbenen - Kenntnis des negativen Erfolges leiten lassen darf. Andernfalls würde die Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen ernstlich gefährdet.

4. Stellungnahme

Es würde Thema und Rahmen dieser Arbeit sprengen, wenn der Verfasser sämtliche Vor- und Nachteile der vorgenannten Theorien im einzelnen darlegen und einen neuen Beitrag zur Kontroverse um das Verhältnis zwischen Vertrag und Wettbewerbsbeschränkung liefern würde. Es sei lediglich erwähnt, daß die eingeschränkte Folgetheorie m.E. das Moment der Rechtssicherheit am besten mit der Forderung nach einer effektiven Regelung verbindet. Denn einerseits führen nur Wettbewerbsbeschränkungen zur Anwendung des § 1 GWB, welche vorhersehbar sind, andererseits ist das Eingreifen des Kartellverbotes nicht von der "Formulierungskunst der Anwälte"² abhängig.

1 Hierauf weist Thomas Marx, S.70, hin, der meint, daß "Zweifelsfälle ex post stets inkriminiert" würden.

2 So Möschel NJW 1975, 96 zur Gegenstandstheorie.

B. § 5 II S.1 GWB - ERLAUBNIS VON RATIONALISIERUNGS- KARTELLLEN

Eine andersgeartete Prognose als § 1 GWB verlangt § 5 II S.1 GWB. Während es dort um negative Auswirkungen auf den Wettbewerb ging, leitet der Gesetzeswortlaut "geeignet ist" in § 5 II S.1 GWB eine zweistufige Prüfung hinsichtlich positiver Folgen des zu legalisierenden Vertrages ein.

I. Prognose hinsichtlich der Verbesserung der Leistungsfähigkeit

Zunächst muß geprüft werden, ob die Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen durch die Rationalisierungsmaßnahmen wesentlich gehoben werden kann. Im Gegensatz zu der bei § 1 GWB kennengelernten Eignung zur Marktbeeinflussung, welche den Markt als ganzen umfaßte, ist die Beurteilung der wesentlichen Leistungssteigerung eine unternehmensbezogene Prognose rein betriebswirtschaftlicher Art¹. Es geht allein um die Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen.

Die Prognoseentscheidung hinsichtlich der Verbesserung der Leistungsfähigkeit ist damit identisch mit derjenigen, die jeder Unternehmer treffen muß, bevor er Rationalisierungsmaßnahmen beschließt. Denn jeder vernünftig entscheidende Unternehmer wird derartige Maßnahmen nur dann einleiten, wenn er sich davon entsprechende Rationalisierungsvorteile verspricht.

Erleichtert wird die Untersuchung, ob eine Hebung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu erwarten ist, dadurch, daß bereits das der Eignungsprüfung vorgeschaltete Tatbestandsmerkmal des der Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge

1 Ebenso Langen-Niederleithinger-Schmidt § 5 GWB Rdn.20 und Immenga in Immenga-Mestmäcker § 5 GWB Rdn.60.

Dienens in § 5 II S.1 GWB eine Verbesserung des Verhältnisses Aufwand - Ertrag, bezogen auf die einzelne Produktionseinheit¹, beinhaltet². Die darüber hinausgehende Eignung zur wesentlichen Hebung der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit bezweckt somit nur eine weitere Eingrenzung der Rationalisierungsvorteile im Hinblick auf deren quantitatives Minimum³.

Dennoch sollten die Schwierigkeiten der Prognose von Rationalisierungsvorteilen nicht unterschätzt werden. Insbesondere bei neuartigen, bislang nicht erprobten Rationalisierungsmaßnahmen⁴ werden sich wohl kaum mehr als Wahrscheinlichkeitsurteile bilden lassen⁵.

II. Prognose hinsichtlich der Verbesserung der Befriedigung des Bedarfs

Hält man den Vertrag für geeignet, bei den Unternehmen eine Hebung der Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit hervorzu-rufen, ist darauf aufbauend zu prüfen, ob diese unternehmens-bezogenen Vorteile kausal zu einer Verbesserung der Befriedigung des Bedarfs führen. An dieser Stelle verläßt die Prognose nach § 5 II S.1 GWB den mikroökonomischen Bereich und leitet über zu einer "gesamtwirtschaftlichen Betrachtungsweise"⁶. Die von den Unternehmen durch die Rationalisierung erlangten Vorteile müssen sich dergestalt auf den Markt auswirken, daß

1 Emmerich, S.80.

2 Emmerich, a.a.O.; Rinck, Rdn.840; auf den engen Zusammenhang aller Tatbestandsmerkmale des § 5 II GWB weisen Langen-Niederleithinger-Schmidt, a.a.O., Rdn.16 hin.

3 Langen-Niederleithinger-Schmidt, a.a.O., Rdn.20.

4 Vgl. hierzu BKartA, WuW/E BKartA 230 ("Niedersächsische Kalkwerke").

5 Immenga in Immenga-Mestmäcker, § 5 GWB Rdn.62.

6 KG, WuW/E OLG, 1121 ("Fernmeldekabel-Gemeinschaft").

sie - mindestens zu einem erheblichen Teil¹ - den Abnehmern zugute kommen.

In der Regel wird sich eine Verbesserung der Befriedigung des Bedarfs daran ablesen lassen, ob der infolge der Rationalisierung zu erwartende Preis unter dem hypothetischen Wettbewerbspreis liegt². Darüber hinaus kann eine Verbesserung der Bedarfsbefriedigung aber auch in anderen Fällen gegeben sein. In Betracht kommen die Vergrößerung des Angebots bei Lieferengpässen sowie Verbesserungen in der Produktqualität bei gleichbleibendem Preis.

III. Prognose hinsichtlich der Wirkungen von Alternativen, § 5 III S.1 GWB

Schließlich enthält auch § 5 III S.1 GWB eine Prognoseentscheidung. Es muß nämlich vorausschauend geprüft werden, ob durch alternative Maßnahmen ("auf andere Weise") der Rationalisierungszweck erreicht werden kann. Ist dies der Fall, scheidet ein Rationalisierungskartell nach § 5 III GWB aus.

C. § 5a I GWB

- SPEZIALISIERUNGSKARTELLE UND BESTEHENBLEIBEN WESENTLICHEN WETTBEWERBS -

Voraussetzung für die Zulässigkeit von Spezialisierungskartellen ist nach § 5a I GWB, daß diese Kartelle "einen wesentlichen Wettbewerb auf dem Markt bestehen lassen". Dies bedeutet, daß nach und trotz Durchführung des Spezialisierungskartells auch in Zukunft wesentlicher Wettbewerb zu erwarten sein muß.

1 So Segelmann, S.151; inwieweit die Vorteile weitergegeben werden müssen, ist im einzelnen umstritten; vgl. Langen-Niederleithinger-Schmidt § 5 GWB, Rdn.21.

2 BGH, LM § 5 GWB Nr.1; KG, a.a.O., Emmerich, S.81; Segelmann, a.a.O.

Da wesentlicher Wettbewerb, wie sich § 22 I Nr.1 GWB entnehmen läßt, das Gegenteil von Marktbeherrschung ist, mithin Spezialisierungskartelle zulässig sind, soweit sie nicht zur Entstehung marktbeherrschender Stellungen führen¹, kann wegen der Problematik der nach § 5a I GWB vorzunehmenden Prognose auf die Ausführungen zu § 24 I GWB² verwiesen werden. Denn auch dort kommt es im Rahmen der Fusionskontrolle darauf an, ob das Entstehen oder Verstärken einer marktbeherrschenden Stellung zu erwarten ist.

D. § 5b I GWB

- KOOPERATIONSERLEICHTERUNGEN -

§ 5b I GWB, der Kooperationskartelle kleinerer und mittlerer Unternehmen ermöglicht, hat zur Voraussetzung, daß durch die Kooperation der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird. Auch diese Vorschrift, die schon von der Formulierung ("wenn") an § 5a I GWB erinnert, erfordert eine Prognose hinsichtlich der wettbewerblchen Auswirkungen des Kartells. Ein Unterschied zu § 5a I Halbs.3 besteht nur im Hinblick auf die Eingriffsschwelle³. Bei § 5b I GWB hat die Kartellbehörde schon dann zu widersprechen, wenn eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu befürchten ist. Eine solche wesentliche Beeinträchtigung kann aber schon vor der Schwelle der Marktbeherrschung (welche das Eingriffskriterium in § 5a I GWB ist) bestehen.

Hinsichtlich der Prognose bestehen indessen keine Unterschiede zwischen § 5a I GWB und § 5b I GWB. In beiden Fällen ist die

1 Emmerich, S.94; Rinck, Rdn.838; Kleinmann-Bechtold, § 22 Rdn.72.

2 Unten S.21ff.

3 Wirtschaftsausschuß, Bericht 1973, BT-Drcks. 7/765, Abschnitt E III; Langen-Niederleithinger-Schmidt § 5b GWB Rdn.9; Kleinmann-Bechtold, § 22 Rdn.71; Emmerich, S.100.

zu erwartende Entwicklung des Wettbewerbs zu ermitteln, wobei der Entwicklung der Marktanteile - neben weiteren Faktoren¹ - wesentliche Bedeutung zukommen dürfte.

E. § 8 GWB - SONDERERLAUBNISKARTELL -

In § 8 GWB, einer Vorschrift, nach der unter bestimmten Voraussetzungen beliebige Kartelle vom Bundeswirtschaftsminister erlaubt werden können² und die infolge schlechter Gesetzestechnik zahlreiche Streitfragen insbesondere in bezug auf das Verhältnis zwischen den Absätzen I und II aufwirft³, finden sich mehrere Fälle kartellrechtlicher Prognosen.

I. Rechtfertigende Gemeinwohlgründe

Soweit die Prüfung der rechtfertigenden Gemeinwohlgründe des § 8 GWB eine prognostische Betrachtungsweise erfordert, wird auf die Erörterungen zu der ähnlich gelagerten Problematik in § 24 III GWB (Ministererlaubnis) verwiesen⁴.

1 In Betracht kommen Marktstruktur, Kartellart, Dauer der Beschränkung etc.; die Umstände, auf die sich die Prognose bezieht, werden im einzelnen im zweiten Teil der Untersuchung erörtert.

2 Die Vorschrift ist im übrigen von geringer praktischer Relevanz. Es ergingen - soweit ersichtlich - erst drei Entscheidungen: WuW/E BMW 117 ("Kohle-Öl-Kartell"); 135 ("Mühlenskartell"); 143 ("Zigaretten-Fernsehwerbung"). Zu diesen Entscheidungen Fatscheck, S.145ff.

3 Vgl. dazu nur Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 8 Rdn.2.

4 Siehe unten S.47ff.

II. Unmittelbare Gefahr für den Bestand des überwiegenden Teils der Unternehmen eines Wirtschaftszweiges

In Absatz 2 der Vorschrift fällt zunächst das Tatbestandsmerkmal der "unmittelbaren Gefahr für den Bestand des überwiegenden Teils der Unternehmen eines Wirtschaftszweiges" ins Auge. Gefahr bedeutet im allgemeinen Sprachgebrauch wie in der Gesetzessprache¹, daß eine Beeinträchtigung noch nicht eingetreten, aber mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist².

Die Beantwortung der Frage, ob eine Gefahr vorliegt, verlangt also eine Prognose hinsichtlich des Schadenseintritts.

An diese Prognose werden in § 8 II GWB durch das Kriterium der Unmittelbarkeit besondere, einschränkende Anforderungen gestellt. Nur akute Gefahren, nicht sich erst in der ferneren Zukunft zeigende Risiken sind zu berücksichtigen. Fernwirkungen, die naturgemäß nur mit einem höheren Grad an Unsicherheit der Vorhersage zugänglich sind, bleiben außer Betracht.

III. Eignung zur Gefahrenabwehr

Ebenfalls notwendigerweise zukunftsbezogen ist die Eignung der Wettbewerbsbeschränkung zur Gefahrenabwehr zu beurteilen. Vor Legalisierung der Wettbewerbsbeschränkung hat der Bundeswirtschaftsminister zu prüfen, ob dadurch die Gefahr eines zukünftigen Schadenseintritts abgewendet werden kann.

Mit dem Kriterium der Eignung wird im Rahmen der Erlaubnis eines Kartells, also eines begünstigenden Verwaltungsaktes, eine Problematik aufgeworfen, die sonst bei jeder eingreifenden Entscheidung der Verwaltung nach dem Grundsatz der Verhält-

1 Besondere Bedeutung hat der Gefahrbegriff im Polizei- und Ordnungsrecht, vgl. z.B. § 14 OBG/NW.

2 Vgl. bereits ProVG 77, 338; 77, 345; 87, 310; 98, 86; sowie Friauf, S.187 m.w.Nachw.

nismäßigkeit¹ (mit den Komponenten Geeignetheit, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit i.e.S.) zu beachten ist. Nur Maßnahmen, welche zur Erreichung des angestrebten Zieles geeignet sind, vermögen einen Eingriff in Rechtsgüter zu rechtfertigen.

Ebenso darf ein Kartell wegen der damit verbundenen Beschränkung des Wettbewerbs nur erlaubt werden, wenn hierdurch die Gefahr für das als höherrangig erachtete Rechtsgut abgewehrt werden kann.

F. DIE FUSIONSKONTROLLE ALS PROGNOSEENTSCHEIDUNG

I. Erwartung des Entstehens oder der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

1. Prognoseerfordernis

Am deutlichsten offenbart sich das Erfordernis, eine kartellrechtliche Prognose vorzunehmen, am Beispiel des Eingreißkriteriums für die Fusionskontrolle.

So heißt es in § 24 I GWB:

"Ist zu erwarten, daß durch den Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, so hat die Kartellbehörde die in den folgenden Bestimmungen genannten Befugnisse, ...".

"Erwarten" kann man stets nur etwas, was noch nicht eingetreten ist und in der Zukunft liegt. Abgesehen von den Fällen, in denen eine marktbeherrschende Stellung unmittelbar durch den Zusammenschluß entsteht und bei denen die Formel von der

1 Zu diesem mit Verfassungsrang ausgestatteten Prinzip BVerfGE 19, 348f.; 23, 133; 35, 400; 36, 264; z.T. wird dieses Prinzip auch als Übermaßverbot bezeichnet; zur Terminologie Grabitz, AÖR 98 (1973), S.570ff.

Erwartung nur Sinn hat, wenn die Fusionskontrolle präventiv¹ ausgestaltet ist, werden vom Wortlaut und Zweck des § 24 I GWB also auch Fälle erfaßt, in denen die marktbeherrschende Stellung zwar als Folge des Zusammenschlusses, aber zeitlich später eintritt.

In einer berühmt gewordenen Stelle des Regierungsentwurfes² heißt es dazu: "§ 24 stellt darauf ab, ob zu erwarten ist, daß durch den (und nicht 'mit' dem) Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Die marktbeherrschende Stellung muß also nicht im Zeitpunkt des Zusammenschlusses entstehen oder verstärkt werden; der Zusammenschluß muß für sie nur ursächlich sein. Die Kartellbehörde ist daher nicht auf die Würdigung der Wettbewerbsbedingungen beschränkt, wie sie sich für den Augenblick des Zusammenschlusses darstellen. Eine Vorausschau auf die künftige Wettbewerbsentwicklung ist möglich und auch nötig, wenn sich aufgrund konkreter Umstände mit hoher Wahrscheinlichkeit sagen läßt, daß die mit dem Zusammenschluß geschaffenen Wettbewerbsvoraussetzungen sich alsbald verschlechtern oder auch verbessern werden."³

Ganz im Einklang mit dieser Regierungsbegründung stehen die im Grundsatz übereinstimmenden Auffassungen von Rechtspre-

-
- 1 Grundsätzlich findet die Fusionskontrolle nachträglich, "reaktiv" statt, wie sich aus der nachträglichen Anzeigepflicht des § 23 I GWB ergibt. Sie ist aber zwingend präventiv in den Fällen des § 24a I S.2 GWB. Ansonsten können die Unternehmen den Zusammenschluß vor Vollzug nach § 24a I S.1 GWB anmelden (fakultativ-präventive Fusionskontrolle).
 - 2 BT-Drs. VI/2520, S.29 rechte Spalte.
 - 3 Hinsichtlich der Beweislastverteilung ist diese Regierungsbegründung überholt. Infolge einer Änderung durch den Wirtschaftsausschuß wurde eine Regelung Gesetzestext, nach der die Unternehmen die Verbesserungen nachzuweisen haben; vgl. Bericht des Wirtschaftsausschusses, BT-Drs. VII/765, S.7 rechte Spalte. Zu den Verbesserungen im einzelnen unten S.42ff.

chung und Literatur¹, wonach geprüft werden muß, wie die zukünftigen Wettbewerbsbedingungen infolge des Zusammenschlusses aussehen, in concreto ob eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Dazu ist eine Vorhersage im Hinblick auf die Wirkungen eines Unternehmenszusammenschlusses im Einzelfall erforderlich.

Dieses Anknüpfen an die marktmachtbezogenen Folgen des Zusammenschlusses ist auch nach der 4. Novelle des GWB im Jahre 1980 - trotz vielfacher Forderung nach einer "Abkopplung"² - geltendes Recht geblieben³. Eine Prognose der Marktverhältnisse muß also weiterhin stattfinden.

1 BGHZ 71, 116ff. ("Sachs-GKN") sowie st.Rsp. zuletzt BGH, WuW/E BGH 1754f. ("Klößner-Becorit"); KG, WuW/E OLG 2094ff.; Frankfurter Komm. § 24 GWB Rdn.44-47; Mestmäcker in Immenga-Mestmäcker, § 24 GWB, Rdn.18; Müller-Gießler-Scholz, § 24 GWB Rdn.3-6; Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 24 GWB Rdn.14; Westrick-Loewenheim, § 24 GWB Rdn.25; Emmerich, S.248; ders., AG 1978, S.119; Emrich, S.246; Hootz, BB 1978, 826f.; Lanzenberger, Auslegungsfragen, S.79; von Gamm, § 24 GWB Rdn.9c; Gröner-Köhler, ORDO XXXI (1980), S.94; Ramrath, S.72f.

2 Für eine Abkopplung sprachen sich insbesondere aus: BKartA, TB 1976, BT-Drecks. 8/704, S.20; Monopolkomm., Hauptgutachten 1973/1975, Mehr Wettbewerb ist möglich, S.535f. Tz.952; Kartte, WuW 1978, S.118; Hitzler, S.192; Bedenken gegen das Marktmachtkonzept auch bei C.D. Edwards, Festgabe für Kronstein, S.237ff. sowie bei Hoppmann, Fusionskontrolle, S.56-58, der in einer marktmachtorientierten Fusionskontrolle des Einzelfalles eine "direkte Intervention" sieht.

Einen differenzierten Vorschlag hatte Sandrock bereits vor der 2.Kartellgesetznovelle gemacht: absolutes Fusionsverbot bei Erfüllung gewisser Größenkriterien; marktmachtorientierte Betrachtungsweise bei "mittleren" Konzentrationsfällen, vgl. FAZ vom 30.10.1970, S.19. Die Größenkriterien haben inzwischen auf anderem Wege - über die Vermutungen des § 23a GWB (dazu unten S.110ff.) mit der 4.Kartellgesetznovelle Einzug gehalten.

3 Bundeswirtschaftsminister Graf Lambsdorff meint dazu in einem Geleitwort zur 4.Kartellgesetznovelle, WuW 1980, S.290: "Generalklauselartige, von der Marktmacht losgelöste Untersuchungsmöglichkeiten, die für die Wirtschaft nicht mehr vorhersehbar und überdies kaum justiziabel wären, hat es weder bei der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen

2. Prognosegegenstand

Welches sind aber nun die Umstände, die für die Prognose einer negativen Entwicklung des Marktes im Hinblick auf marktbeherrschende Stellungen maßgebliches Gewicht haben?

a) Der normative Ansatz

Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist § 22 GWB mit seiner Definition der Marktbeherrschung (Abs.1) sowie den für das Vorliegen von Marktbeherrschung aufgestellten Vermutungen (Absätze 2 und 3).

Hilfestellung bieten weiter die durch die 4.Kartellgesetznovelle speziell für die Fusionskontrolle geschaffenen Vermutungen des § 23a GWB, welche das Tatbestandsmerkmal der "Erwartung" mitumfassen und dem Rechtsanwender die Prognoseaufgabe - in den unten im einzelnen dargelegten Grenzen¹ - erleichtern.

Fortsetzung der Anm.3 von S. 23

noch ... gegeben (Unterstreichung vom Verfasser dieser Untersuchung). Der Bundeswirtschaftsminister befindet sich damit im Einklang mit Harms, Fusionskontrolle, S.69ff.; Kleinmann-Bechtold, § 24 Rdn.6. Moosecker, GRUR 1978, S.518; Gerhard Huber, WuW 1975, S.382; Kaiser, WuW 1978, S.347f.; Raisch, Festschrift für Robert Fischer, S.552; ders., Festschrift für Flume II, S.227ff.; Wolf-Wallraff, BFuP 1979, S.234; Wolf, WuW 1980, S.464 sowie Schütz, DB 1979, S.199, der allerdings seiner Sorge Ausdruck verleiht, es handle sich bereits bei der Einführung der Vermutungen des § 23a GWB um einen entscheidenden Schritt in Richtung Abkopplung, da die mit den Vermutungen bewirkte Abstraktion immer weiter von Markt und Wettbewerb wegführe.

1 Vgl. zu den Vermutungen eingehend unten S.125ff.

b) Regelungszweck

aa) Vorrangige Berücksichtigung der Marktstruktur

Allerdings kann der Marktbeherrschungsbegriff des § 22 GWB, soweit er das Ziel der von § 24 I GWB vorzunehmenden Prognose ist, nicht ohne Modifikation übernommen werden. Akzentverschiebungen ergeben sich aus den verschiedenen Zwecken der Regelungskomplexe Mißbrauchsaufsicht einerseits und Fusionskontrolle andererseits¹.

Während § 22 GWB eine laufende Verhaltenskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen bezweckt, zielt die Fusionskontrolle auf die Erhaltung kompetitiver Marktstrukturen ab. Laufende Verhaltenskontrollen sind durch § 24 III S.4 GWB ausdrücklich ausgeschlossen².

Gesichtspunkte des Marktverhaltens, welches sich laufend ändern und mit einer starren Verbotsregelung wie der Fusionskontrolle nicht adäquat erfaßt werden kann, haben daher bei der Prüfung der "Erwartung" des § 24 I GWB nach h.M. grundsätzlich außer Betracht zu bleiben³. Vielmehr kommt es in erster Linie auf die zukünftige Entwicklung der Marktstruktur an.

1 Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 24 Rdn.5; Schultz, WuW 1981, S.612.

2 Dementsprechend hält der Bundeswirtschaftsminister im Rahmen der Fusionskontrolle die Auflage, keine Entlassungen vorzunehmen, für unzulässig, WuW/E BMW 159 ("Babcock-Artos"). Zu den Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Marktverhaltens- und Strukturregelungen vgl. unten S.140f.

3 BGHZ 71, 119 ("Sachs/GKN"); BGH WuW/E BGH 1755 ("Klöckner-Becorit"); BKartA, WuW/E BKartA 1479ff. ("Haindl-Holtzmann"); Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 24 Rdn. 6ff.; Kleinmann-Bechtold, § 24 Rdn.6 und 7; Lanzenberger, Auslegungsfragen, S.78ff.; Markert, BB 1978, S.680, Böhlk-Schöppe, DB 1977, S.2361; Emmerich, AG 1980, S.119; a.A. Schütz, WuW 1979, S.5ff.; Rodenstock, Festschrift für Eberhard Günther, S.131. - Auch in der amerikanischen Antitrust-Praxis stehen Gesichtspunkte der Marktstruktur im Vordergrund, vgl. die (nach Fertigstellung dieser Dissertation geänderten) Merger-Guidelines des amerikanischen Justizministeriums, S.113.

bb) Ergänzende Heranziehung von Marktverhaltenskriterien

Dies bedeutet jedoch nicht, daß dem erwarteten Marktverhalten der Unternehmen bei der fusionsrechtlichen Prognose überhaupt keine Bedeutung beizumessen ist, wie es das Schlagwort von der "Marktstrukturkontrolle" glauben machen könnte. Eine differenziertere Betrachtungsweise ist angebracht¹. Denn zwischen Marktstruktur und Marktverhalten bestehen unbestreitbar Interdependenzen², wenngleich diese im wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum teilweise - vor allen von den Neoklassikern - als weitgehend unerforschbar bezeichnet werden³.

Marktstruktur- und Marktverhaltensbeurteilungen sind, wie der BGH in seiner "Klöckner-Becorit"-Entscheidung zutreffend ausgeführt hat, nur zwei verschiedene, sich gegenseitig ergänzende Betrachtungsweisen des Marktgeschehens⁴.

Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: Wenn sich ein Großunternehmen im Wege der Fusion in einen mittelständisch strukturierten Markt einkauft, so macht es durchaus einen Unterschied, wie sich das Unternehmen im weiteren Verlauf verhält. Betrachtet es die Neuerwerbung lediglich als Finanzanlage⁵ unter Enthaltung eigenen unternehmerischen Engagements oder hat es das angegliederte Unternehmen als weitgehend autonomes "Profit-Centre"⁶ organisiert, so wird sich auf dem Markt nicht

1 Hierauf weist auch Traumann, S.97ff. im Zusammenhang mit den Zusageregungen hin.

2 Diese Interdependenzen wurden insbesondere herausgearbeitet von Scherer, Industrial Market Structure, S.5ff.

3 Vgl. insbesondere Hoppmann, JNST 184 (1970), S.409ff.; ders., Abgrenzung, S.11ff.; ders., Fusionskontrolle, S.53ff.; von Hayek, Komplexe Phänomene; ders., Entdeckungsverfahren, passim; Schwartz, S.17ff.

4 BGH, WuW/E BGH 1755 ("Klöckner-Becorit").

5 Diesen Terminus benutzt der BGH mehrfach in der Sachs-GKN-Entscheidung, BGHZ 71, 102ff.

6 Dazu Moosecker, GRUR, S.525 sowie aus der US-amerikanischen Rechtsprechung die Entscheidung U.S. v. Hammermill Paper, 429 F. Supp. 1271 (1290f.) (W.D. Penn. 1977).

allzuviel ändern. Legt das übernehmende Unternehmen dagegen ein aggressives, expansionsorientiertes Verhalten an den Tag, ist auf dem Markt mit umfassenden strukturellen Umwälzungen zu rechnen, insbesondere damit, daß die Konkurrenten sich zur Abwehr des Angriffs ebenfalls unter das schützende Dach eines Großkonzerns begeben, was schließlich zu einer fortschreitenden Konzentration und Vermachtung des Marktes bis hin zum marktbeherrschenden Oligopol führt¹. Unterschiedliches Marktverhalten² kann also unterschiedliche Marktstrukturen, und auf die kommt es bei der Erwartung i.S. des § 24 I GWB an, hervorrufen.

Ebenso kann die Absicht eines Konkurrenzunternehmens, die Produktion aufzugeben, also ein erwartetes Marktverhalten, im Rahmen der Erwartung einer Marktstrukturänderung von unmittelbarer Bedeutung sein³.

Ohne vorgreifen zu wollen⁴, sei schließlich erwähnt, daß insbesondere ein durch verbindliche Zusagen abgesichertes zukünftiges Verhalten der Fusionspartner, etwa, wenn sich ein beteiligtes Unternehmen verpflichtet, bestimmte Produktionsanlagen zu verkaufen, die Erwartung begründen kann, die Marktstruktur werde sich dementsprechend verändern⁵.

Darüber hinaus werden die Grenzen der rein marktstrukturorientierten Prognosebetrachtung auch durch die Formulierung des Gesetzes gesteckt. Insbesondere die unternehmensbezogenen Kriterien in § 22 I Nr.2 GWB (Finanzkraft und Verflechtung)

1 Diese Erwartung des Gesetzgebers war Motiv für die Einführung der Vermutung des § 23a I 1a GWB; vgl. die Begründung zum RegE, BT-Drcks. 8/2136, S.20f.

2 Daß fusionierende Unternehmen in der Tat ein höchst unterschiedliches Verhalten zeigen können, wurde in den USA durch eine empirische Studie der Federal Trade Commission, Conglomerate Merger Performance, 1973, nachgewiesen; dazu Rainer Fischer, WuW 1973, S.250; zu den Schwierigkeiten der Verhaltensprognose vgl. unten S.106ff und 116ff.

3 Frankfurter Komm., § 24 GWB Rdn.44.

4 Vgl. die Ausführungen unten auf S.136ff.

5 Vgl. Kleinmann-Bechtold, § 24 Rdn.21.

lassen sich, wie der BGH zutreffend ausführt¹, nicht allein anhand der Struktur eines Marktes aufweisen. Es ist daher zu ermitteln, ob das zusammengeschlossene Unternehmen auch tatsächlich von dem erworbenen Verhaltensspielraum Gebrauch machen wird², wobei eine Prüfung im Einzelfall erforderlich ist. Maßgeblich ist das "mutmaßliche weitere Marktverhalten"³ der Zusammenschlußpartner. Liegen "konkrete Anhaltspunkte"⁴ für ein bestimmtes marktstrategisches Vorgehen vor, ist dies in der Prognoseentscheidung zu berücksichtigen.

cc) Verzicht auf Marktstrukturprognosen?

- Die These von Schütz -

Nachdem dargelegt worden ist, daß auch dem erwarteten Marktverhalten bei der Prognose nach § 24 I GWB Bedeutung zukommt, ist nunmehr auf die These von Schütz⁵ einzugehen, eine Prognose sei überhaupt nur im Hinblick auf das Marktverhalten, nicht aber bezüglich der Marktstruktur geboten.

Auch Schütz geht erklärtermaßen davon aus, daß Schutzgegenstand der Fusionskontrolle die Marktstruktur sei⁶. Unter Zugrundelegung der Prämisse, daß strukturelle Veränderungen des Marktes in jedem Falle unmittelbar mit dem Vollzug des Zusammenschlusses beendet seien⁷, meint Schütz sodann, daß Gegenstand der Prognose nur das Marktverhalten sein könne. Dabei sieht er das eigentlich den Wettbewerb beschränkende Geschehen erst in einem der Strukturveränderung nachgelagerten Marktverhalten.

1 BGHZ 71, 116 ("Sachs-GKN").

2 BGH, a.a.O.

3 BGH, a.a.O., S.122.

4 BGH, WuW/E BGH 1753 ("Klößner-Becorit").

5 Schütz, WuW 1979, S.13.

6 Schütz, a.a.O., S.12.

7 Schütz, a.a.O., S.13.

Dieser Ansatz ist schon deshalb angreifbar, weil die zugrundeliegende Prämisse, ein Zusammenschluß könne über die unmittelbare Veränderung hinaus keine in der weiteren Zukunft liegenden Strukturverlagerungen verursachen, unzutreffend ist. Sie verkennt die zirkulative Verknüpfung zwischen Marktstruktur und Marktverhalten, auf welche von den amerikanischen Ökonomen, vor allem von Scherer¹, hingewiesen worden ist.

So ist es durchaus möglich und - man denke nur an das Eindringen der deutschen Großchemie in den Markt der mittelständischen Farbenhersteller² auch schon in praxi vorgekommen - daß ein Unternehmenszusammenschluß, welcher unmittelbar keine negative Strukturänderung mit sich brachte (der erste Fusionsfall) in der Zukunft (durch Verursachung von Folgefusionen³) zu der Marktstruktur eines beherrschenden Oligopols i.S. des § 22 II GWB führte.

Darüber hinaus sind die Ausführungen von Schütz widersprüchlich. Es ist nicht verständlich, wie Schütz den auch nach seiner Ansicht richtigen⁴ strukturellen Ansatz der Fusionskontrolle damit vereinbaren will, zukünftige negativen Auswirkungen auf die Marktstruktur gar nicht mehr zu prüfen. Wenn Schutzgegenstand der Fusionskontrolle die Erhaltung einer kompetitiven Marktstruktur sein soll, muß für die Erwartung in § 24 I GWB entscheidend sein, ob eine Beeinträchtigung dieses Schutzgegenstandes zu befürchten ist. Ziel der Prognose ist daher die künftige Marktstruktur. Daß damit nicht ausgeschlossen ist, bei

1 Scherer, Industrial Market Structure, S.5ff; kritisch zum Vorhandensein und zur Erforschbarkeit derartiger Interdependenzen die oben auf S.26 Fußn.3 Genannten.

2 Ausgelöst wurde diese Entwicklung durch den Erwerb von Glasurit durch BASF im Jahre 1965, vgl. dazu BKartA, TB 1976, S.21f.; zur neuesten Entwicklung im Brennstoffhandel BKartA, TB 1979/80, WuW 1981, S.493.

3 Dazu Emmerich, S.256.

4 So ausdrücklich Schütz, a.a.O., S.13.

Vornahme dieser Prognose die Erwartung bestimmter Verhaltensweisen zu berücksichtigen, ist oben¹ bereits dargelegt worden.

dd) Ergebnis

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, daß ein die Prognose des § 24 I GWB prägender Umstand grundsätzlich auch das zu erwartende Unternehmensverhalten sein kann. Dies gilt allerdings nur, soweit es auch strukturelle Veränderungen des Marktes herbeiführt.

c) Zur Möglichkeit von Verhaltensvorhersagen

Eine andere Frage ist die, ob es überhaupt möglich ist, gesicherte Vorhersagen in bezug auf das Marktverhalten vorzunehmen². Insbesondere ist zweifelhaft, ob gesicherte Erfahrungssätze über Interdependenzen zwischen Marktstruktur und Marktverhalten bestehen³.

Anschaulich kann die Problematik der Verhaltensvorhersagen im Bereich der Fusionskontrollentscheidung an dem oben auf S. 26 verwendeten Beispiel verdeutlicht werden. Wie kann der Rechtsanwender vorhersehen, ob der "schlafende Riese", der zunächst nur eine Finanzbeteiligung intendierte, nicht doch Gefallen an

1 S.26ff.

2 Diese Möglichkeit wird insbesondere verneint von von Hayek, Entdeckungsverfahren; ders., Komplexe Phänomene, passim; Hoppmann, JNSt 184 (1970), S.409ff.; ders., Abgrenzung, S.11ff.; ders., Fusionskontrolle, S.53ff.; Emmerich, AG 1980, S.119; ders., Kartellrecht, S.13; Böhlk-Schöppe, DB 1977, S.2361ff.; Sander, S.248ff.; Hitzler, S.172; demgegenüber wird eine Verhaltensprognose - in Grenzen - für möglich und auch notwendig gehalten von Schütz, WuW 1979, S.13; Tolksdorf, WuW 1980, S.800; die Verhaltensprognose bejahend auch Frankfurter Komm., § 24 Rdn.44f.

3 Siehe oben S.26 Fußn.3.

dem Markt findet, zu dem er nun Zugang hat, und seine Geschäftspolitik in Richtung Expansion ändert, mit all den oben dargestellten Folgen für die Marktstruktur? Ebenso schwierig ist die Prognose im umgekehrten Fall, wenn es zu beurteilen gilt, ob eine ursprünglich als unternehmerische Beteiligung geplante Übernahme aufgrund geänderter Unternehmenspläne in eine bloße Finanzlage überführt wird.

Diese schon aus der generellen Unberechenbarkeit menschlichen Verhaltens folgenden Zweifel an der Zuverlässigkeit von Verhaltensprognosen werden durch wirtschaftstheoretische Bedenken verstärkt, wie sie von Hayek in seiner Studie "Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren"¹ aufgezeigt hat.

Indessen soll die Frage nach der Prognostizierbarkeit des Unternehmensverhaltens, die Gegenstand zahlreicher wissenschaftstheoretischer Kontroversen ist² an dieser Stelle nicht abschließend erörtert werden. Dies bleibt Teil 2 der Arbeit (S.78ff.) vorbehalten.

3. Besonderheiten der Prognosefrist bei § 24 I GWB

a) Prognoseentscheidungen im engeren und weiteren Sinne

Der Begriff der "Erwartung" in § 24 I GWB könnte auf eine Besonderheit der nach dieser Vorschrift vorzunehmenden Prognose hindeuten. Während die bisher untersuchten Kartellrechtstatbestände grundsätzlich auf gegenwärtige, im Zeitpunkt der Entscheidung vorliegende Gegebenheiten abstellten, darüber hinaus aber auch zukünftige Entwicklungen als Grundlage eines Eingriffs ausreichen ließen, scheint der Begriff "Erwartung" notwendigerweise eine Prognose zu beinhalten. Es käme demnach

1 Sowie in "Die Theorie komplexer Phänomene", 1972.

2 Und die immer wieder den Vertretern der "Workable Competition"-Konzepte als Hauptpunkt der Kritik vorgehalten wird, vgl. insbesondere Hoppmann, JNSt 184 (1970), S.409ff. sowie die oben S. 30 Fußn.2 Genannten.

überhaupt nicht darauf an, ob eine marktbeherrschende Stellung oder die Verstärkung einer solchen im Zeitpunkt der Entscheidung der Kartellbehörde bzw. des letzten Termins zur mündlichen Verhandlung feststellbar ist, sondern ausschließlich auf die zukünftigen Sachlage. Man könnte insoweit auch von einer Prognoseentscheidung im engeren Sinne¹ sprechen.

Wenn man diese Besonderheiten im Rahmen des § 24 I GWB bejaht, also ausschließlich eine Prognose zur Entscheidungsgrundlage erhebt, so stellt sich noch eine weitere Frage. Bei den bereits kennengelernten Prognoseentscheidungen war der Prognosezeitraum nach unten hin offen und bedurfte lediglich einer Abgrenzung nach oben durch den sog. Prognosehorizont². Dies folgte daraus, daß die untersuchten Kartellrechtsnormen bereits gegenwärtige Wettbewerbsbeschränkungen als Grundlage eines Eingriffs ausreichen ließen. Bei den Prognoseentscheidungen im engeren Sinne fehlt demgegenüber ein solcher Anknüpfungspunkt in der Gegenwart. Die Prognosefrist muß daher nicht nur nach oben, sondern auch nach unten abgegrenzt werden. Konkret stellt sich die Frage, ob bereits eine im kurzfristigen Bereich zu erwartende marktbeherrschende Stellung die Untersagung einer Fusion auslöst, oder ob in jedem Falle eine mittel- bis langfristige Betrachtungsweise geboten ist. Praktische Bedeutung hat die Beantwortung dieser Frage in den Fällen, in denen zu erwarten ist, daß eine zunächst infolge des Zusammenschlusses entstehende marktbeherrschende Stellung in absehbarer Zeit wieder verloren gehen wird³. Dies ist z.B. dann denkbar, wenn die sich zusammenschließenden Unternehmen bereits in der Vergangenheit in erheblichem Umfange Marktanteile verloren haben und eine Umkehr dieses Trends durch die

1 Siehe oben S.3.

2 Vgl. hierzu eingehend unten S.157.

3 Zur Parallelproblematik bei den Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen (§ 24 I letzter Halbs. GWB) siehe unten S.45.

Fusion nicht zu erwarten ist¹ oder wenn infolge des Abbaus von Marktzugangsschranken mit dem Marktzutritt von Newcomer-Unternehmen gerechnet werden muß. Beispielhaft für die letztere Fallkonstellation ist der Thomson-Brand/Saba-Fall²: Dort war infolge des Auslaufens von Schutzrechten für das PAL-Farbfernsehsystem der massive Marktzutritt japanischer Konkurrenzunternehmen zu erwarten.

Es ist also für den Anwendungsbereich des § 24 I GWB entscheidend, ob es - ebenso wie bei den Prognoseentscheidungen im weiteren Sinne - ausreicht, daß irgendwann in der nahen und fernen Zukunft der zu erwartende Tatbestand eintritt, oder ob dieser Tatbestand auch nach einer bestimmten Prognosefrist noch feststellbar sein muß.

b) Der Meinungsstand zu § 24 I GWB

Der Meinungsstand zu diesem Problemkreis stellt sich wie folgt dar:

aa) § 24 I GWB als Gefährdungstatbestand

Ein Teil der Literatur geht wie selbstverständlich davon aus, daß die unmittelbar durch den Zusammenschluß eintretende Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ausreicht, um eine Untersagung der Fusion zu rechtfertigen³. Eine Prognose sei lediglich in den Fällen angebracht, in denen die unmittelbar mit der Fusion eintretenden Veränderungen der Wettbewerbsbedingungen die materiellen Voraussetzun-

1 Vgl. die Beispielsfälle im Frankfurter Komm., § 24 Rdn.46 sowie Harms, GK, § 23 a GWB Rdn.301.

2 H.B. vom 18./19.7.1980, S.5.

3 Emmerich, Kartellrecht, S.247f; ders., AG 1979, S.43; Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 24 GWB Rdn.43; Markert, BB 1978, S.681; Schreven in Müller-Gießler-Scholz, § 24 GWB Rdn.5; Arbeitsunterlage für den Arbeitskreis Kartellrecht, S.11.

gen der Marktbeherrschung noch nicht erfüllen. Dann sei danach zu forschen, ob in der weiteren Zukunft mit der Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen zu rechnen sei.

Charakteristisch für diese Auffassungen ist, daß sie den Zweck des Tatbestandsmerkmals der "Erwartung" darin sehen, sicherzustellen, daß "auch"¹ Fälle von der Fusionskontrolle erfaßt werden, in denen die marktbeherrschende Stellung "nicht sofort"² mit dem Zusammenschluß eintritt. Daß eine marktbeherrschende Stellung zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses oder kurzfristig danach entsteht oder verstärkt wird, reicht nach dieser Ansicht zur Untersagung aus, ungeachtet eines möglichen zukünftigen Abbaus dieser Stellung. Die über den Bereich der unmittelbaren Zusammenschlußwirkungen hinausgehende Prognose richtet sich also einseitig auf Möglichkeiten der Verschlechterung der Marktbedingungen³. Verbesserungen bleiben außer Betracht. Die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung wird auch dann nicht toleriert, wenn sie wahrscheinlich nur von vorübergehender Dauer ist.

Diese Betrachtungsweise basiert auf der Vorstellung, daß § 24 I GWB einen "Gefährdungstatbestand"⁴ darstelle. Marktbeherrschende Stellungen werden abstrakt für so gefährlich gehalten, daß die notwendigerweise nur in Form eines Wahrscheinlichkeitsurteils mögliche Prognose eines künftigen Abbaus nicht ausreicht, eine Untersagung nach § 24 I GWB zu verhindern.

1 Emmerich, Kartellrecht, S.247; Langen-Niederleithinger-Schmidt, a.a.O.

2 Langen-Niederleithinger-Schmidt, a.a.O.

3 Vgl. z.B. die Auflistung prognoserelevanter Umstände in der Arbeitsunterlage für den Arbeitskreis Kartellrecht, a.a.O., S.13.

4 So Möschel, Oligopolmißbrauch, S.162, 212; Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 24 GWB Rdn.43; Emmerich, AG 1980, S.241.

bb) Erfordernis einer mittelfristigen Betrachtungsweise

Demgegenüber reicht nach der anderen Auffassung¹ eine auf die unmittelbaren Folgen des Zusammenschlusses beschränkte Sicht selbst dann nicht aus, wenn in diesem Zeitpunkt eine marktbeherrschende Stellung oder deren Verstärkung ersichtlich ist. Vielmehr sei in jedem Fall eine vorausschauende Betrachtung geboten, so daß ein zu erwartender Abbau der marktbeherrschenden Stellung innerhalb der Prognosefrist den Tatbestand des § 24 I GWB entfallen läßt.

Nach dieser Ansicht wirkt die Prognose "in zwei Richtungen"²: Einerseits kann sie zu einer Untersagung des Zusammenschlusses führen, wenn unmittelbar durch diesen keine marktbeherrschende Stellung hervorgerufen wird; andererseits kann die Prognose aber auch das Ergebnis haben, daß trotz einer zunächst entstehenden marktbeherrschenden Stellung nicht untersagt werden darf.

cc) Kartellamtspraxis

Die Kartellbehörden stellen in ihren Untersagungen zumeist darauf ab³, ob unmittelbar mit dem Zusammenschluß die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu erwarten ist. Wie die bereits erwähnte Thomson-Brandt/Saba-Entscheidung⁴ beispielhaft zeigt, wird aber ebenso ein nachfolgender Abbau dieser Stellung berücksichtigt.⁵

1 Frankfurter Komm., § 24 Rdn.46f.; Harms, GK, § 23a GWB Rdn.191, 281, 301; Hootz, BB 1978, S.827; Kleinmann-Bechtold, § 24 GWB Rdn.8; Schütz, WuW 1979, S.10 und 13.

2 Frankfurter Komm., § 24 GWB Rdn.47.

3 Vgl. Arbeitsunterlage, a.a.O., S.10.

4 H.B. vom 18./19.7.1980, S.5.

5 Ebenso BKartA, TB 1974, S.33f. "Hefe"; TB 1974, S.37 "AEG-T&N".

dd) Rechtsprechung

Die grundlegenden Ausführungen des BGH zu dieser Problematik finden sich im Sachs/GKN-Beschluß¹. Dort heißt es in nahezu wörtlicher Übereinstimmung mit der Regierungsbegründung² zur zweiten Kartellgesetznovelle:

"Demgegenüber soll die Kartellbehörde, wie das Wort 'durch' im Gesetzestext (und nicht 'mit') zeigt, nicht allein auf die Würdigung der Wettbewerbsbedingungen beschränkt sein, wie sie sich für den Augenblick des Zusammenschlusses darstellen. Vielmehr ist eine Vorausschau auch auf die künftige Wettbewerbsentwicklung dann möglich und auch nötig, wenn sich aufgrund konkreter Umstände mit hoher Wahrscheinlichkeit sagen läßt, daß die mit dem Zusammenschluß geschaffenen Wettbewerbsvoraussetzungen sich alsbald verändern. Ergibt also der Vergleich mit den mit dem Zusammenschluß geschaffenen Wettbewerbsvoraussetzungen noch keine Änderung der marktbeherrschenden Stellung, so soll danach unter den genannten strengeren Voraussetzungen auch die künftige Wettbewerbsentwicklung in die Prognose einbezogen werden dürfen". (Hervorhebung vom BGH)³

Der BGH nimmt also eine 2stufige Prüfung vor. Zunächst untersucht er die unmittelbare Veränderung der Wettbewerbsbedingungen, sodann prüft er die weitere Zukunftsentwicklung, wobei er das strengere Wahrscheinlichkeitsmaß der "hohen Wahrscheinlichkeit"⁴ zum Maßstab macht. Zwar betrifft die nach dem BGH vorzunehmende Prognose sowohl die zukünftige Verstärkung als auch den zukünftigen Abbau der zusammenschlußbedingten Strukturen⁵. Dies zeigen schon die in der Sachs/GKN-Entscheidung benutzten Formulierungen, in denen nicht einseitig auf Verschlechterungen abgestellt wird, sondern neutral von "Änderungen" bzw. "Veränderungen" die Rede ist. Allerdings geben die vorzitierten Ausführungen des BGH an

1 BGHZ 71, 102ff.

2 BT-Drsks. VI/2520, S.29 rechte Spalte.

3 BGHZ 71, 117f.

4 BGHZ, a.a.O.; zur Prognosewahrscheinlichkeit eingehend unten S.142ff.

5 Harms, GK, § 23a GWB Rdn.191; a.A. Arbeitsunterlage, a.a.O., S.11.

dieser Stelle auch zu Mißverständnissen Anlaß, die dazu führen können, daß die Zwei-Stufen-Prüfung in der praktischen Anwendung leicht den Weg in eine "Einbahnstraße"¹ weisen kann. Dies ist der Fall, wenn der Rechtsanwender bei Bejahung einer marktbeherrschenden Stellung auf der 1.Prüfungsstufe durch die hohen Wahrscheinlichkeitsanforderungen und die Schwierigkeiten der Prognose davon abgehalten wird, sich ernstlich mit der zweiten Prüfungsstufe zu befassen² und die Möglichkeiten eines künftigen Abbaus der marktbeherrschenden Stellung in Betracht zu ziehen.

c) Stellungnahme

aa) Wortlautinterpretation

Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage, ob eine Prognose im Rahmen des § 24 GWB auch dann erforderlich ist, wenn bereits unmittelbar mit dem Zusammenschluß bzw. kurz danach eine marktbeherrschende Stellung entsteht, ist der Wortlaut der Vorschrift. Der Begriff "Erwartung" bezeichnet die Annahme eines in der Zukunft eintretenden Ereignisses. Wirkungen, welche unmittelbar mit dem Vollzug des Zusammenschlusses einhergehen und im Zeitpunkt der letzten Behörden- bzw. Gerichtsentscheidung bereits eingetreten sind, kann man begrifflich nicht mehr "erwarten". Sie lassen sich allenfalls dann unter § 24 I GWB subsumieren, wenn ihre Fortdauer in der weiteren Zukunft angenommen werden kann. Eine Prognose ist daher nach dem Wortlaut der Norm auch dann zwingend, wenn bereits eine marktbeherrschende Stellung im Zeitpunkt der Entscheidung entstanden ist oder verstärkt wurde.

1 Schütz, WuW 1979, S.13.

2 Kritisch insoweit zum Sachs/GKN-Beschluß Schütz, a.a.O.; Harms, a.a.O., Rdn.187; Hootz, BB 1978, S.827; Kleb, S.120ff.; Steindorff, ZGR 1978, S.786.

bb) Beschränkung des Merkmals der "Erwartung" auf die Fälle der präventiven Fusionskontrolle?

Eine Korrektur dieser Wortlautinterpretation wäre (entsprechend § 133 BGB) geboten, wenn der Gesetzgeber in Wahrheit etwas anderes gewollt hätte. So erklärt Emmerich¹ die Formulierung von der "Erwartung" damit, daß die Fusionskontrolle grundsätzlich präventiv ausgestaltet sei. Wäre dies richtig, könnte man für die Ausnahmefälle der nachträglichen Fusionskontrolle in der Tat den Nachweis einer bereits eingetretenen Marktbeherrschung ausreichen lassen und den auf eine Erwartung abstellenden Wortlaut des § 24 I GWB als gesetzgeberisches Versehen werten. Indessen ist die präventive Fusionskontrolle aber gerade nicht der Regelfall². Vielmehr findet die Fusionskontrolle, wie sich aus der nachträglichen Anzeigepflicht des § 23 I GWB ergibt, grundsätzlich nachträglich, "reaktiv" statt. Nur in den Ausnahmefällen des § 24 I S.2 GWB ist sie zwingend präventiv. Ansonsten kann eine präventive Kontrolle durch eine Anmeldung nach § 24a I S.1 GWB herbeigeführt werden. Diese Ausnahmefälle können die Formulierung des § 24 I GWB aber nicht hinreichend erklären und rechtfertigen keine Relativierung des Tatbestandsmerkmals der "Erwartung". Die Notwendigkeit einer Prognose ist daher unabhängig davon zu beachten, ob es sich um einen Fall der präventiven oder der nachträglichen Fusionskontrolle handelt³.

cc) Teleologische Interpretation

Fraglich ist, ob teleologische Gesichtspunkte zu einer anderen Betrachtungsweise führen.

Sollte nämlich der Schutzzweck des § 24 I GWB darin bestehen, die Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stel-

1 Emmerich, AG 1980, S.119.

2 Zutreffend Schütz, WuW 1979, S.10.

3 Ebenso Mestmäcker, in: Immenga-Mestmäcker, § 24 GWB Rdn.17.

lungen im Wege des externen Wachstums generell zu verhindern, so wäre nicht recht einzusehen, warum vorübergehende, innerhalb des Prognosezeitraumes wieder verschwindenden Marktbeherrschungsstatbestände toleriert werden sollten.

Ob der Zweck der Fusionskontrolle tatsächlich derart weit reicht ist jedoch zweifelhaft. Nach der Regierungsbegründung knüpft die Fusionskontrolle deshalb an das Merkmal der marktbeherrschenden Stellung des § 22 GWB an, weil damit eine Situation umschrieben werde, "bei der die Funktionsfähigkeit des Marktmechanismus nicht mehr gewährleistet ist"¹. Ergibt nun aber die Prognose, daß mit einem Abbau der durch den Zusammenschluß eintretenden marktbeherrschenden Stellung gerechnet werden kann, so zeigt dies doch gerade, daß ein funktionsfähiger Marktmechanismus besteht. Soweit die zusammengeschlossenen Unternehmen während der vorübergehenden Marktbeherrschungsphase die Möglichkeit zu einem Mißbrauch dieser Macht haben, kann dem aber durch die Instrumente der Mißbrauchsaufsicht hinreichend entgegengewirkt werden. Den Schutzgegenstand der Vorschriften über die Fusionskontrolle berührt ein solches Verhalten nicht. Der Zweck der Fusionskontrolle besteht vielmehr darin, kompetitive Marktstrukturen zu erhalten². Derartige Marktstrukturen lassen sich jedoch schwerlich anhand von "Momentaufnahmen" des Marktes beurteilen. Dem steht die Prozeßhaftigkeit des Wettbewerbs entgegen, der ein "dynamisches"³ Interaktionssystem darstellt, welches durch punktuelle Betrachtungen nur unzureichend gewürdigt werden kann. Das Tatbestandsmerkmal der "Erwartung" in § 24 I GWB ermöglicht die Berücksichtigung dieser Dynamik⁴.

1 BT-Drecks. VI 2520, S.29.

2 Kleinmann-Bechtold, § 24 GWB Rdn.6; Mestmäcker, in: Im-menga-Mestmäcker vor § 23 GWB Rdn.25.

3 Grundlegend J.M. Clark, Competition as a Dynamic Process.

4 Frankfurter Komm. § 24 GWB Rdn.47.

Bei der Einführung der Fusionskontrolle haben selbst deren Befürworter vor einer "Überspannung"¹ dieses Instituts gewarnt, welche eintrete, wenn nicht auch "künftige Entwicklungstendenzen"² bei der Fassung des Eingriffstatbestandes Berücksichtigung fänden. Diese Warnungen zeigen, daß die Prognose in § 24 I GWB keine Einbahnstraße sein sollte. Die Regierungsbegründung zu § 24 I GWB spricht die gleiche Sprache, wenn sie die im Rahmen des § 24 I GWB erforderliche Prognose darauf erstreckt, ob sich die Wettbewerbsvoraussetzungen "verschlechtern oder auch verbessern werden"³.

Es besteht auch aufgrund zwischenzeitlicher Erfahrungen kein Grund von diesen bei der Schaffung der Fusionskontrolle geltenden Wertungen abzuweichen und aus § 24 GWB einen "Gefährdungstatbestand" zu machen. Erfahrungen darüber, daß einmal erreichte marktbeherrschende Stellungen derart gefährlich sind, daß ihr Abbau unmöglich oder jedenfalls nicht mit ebenso hoher Wahrscheinlichkeit wie ihre Entstehung prognostizierbar wäre, liegen nicht vor. Vielmehr sind sowohl Konzentrations- als auch Dekonzentrationsprozesse⁴ möglich. Wegen dieser zwei Richtungen, in denen sich die Wettbewerbsbedingungen entwickeln können, ist eine Berücksichtigung der weiteren Zukunftsentwicklung auch dann geboten, wenn unmittelbar mit dem Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung entsteht.

d) Prognosefrist

Das vorgenannte Ergebnis, daß die Entscheidung nach § 24 I GWB notwendigerweise auf einer Prognose basiert, führt zu

1 Kartte, Leitbild, S.76f.; Klaue, S.30.

2 Kartte, a.a.O., S.77.

3 BT-Drcks. VI 2520, S.29

4 Vgl. Harms, Größenkriterien, S.12 und die dort zitierten Beispiele. - Eine andere Frage ist die, ob die Marktkräfte langfristig zwangsläufig eine Dekonzentration herbeiführen müssen; vgl. hierzu unten S.91ff.

einer weiteren Besonderheit gegenüber den bisher kennengelernten kartellrechtlichen Prognosen. Während es bei jenen ausreichte, daß das den Prognosegegenstand bildende Tatbestandsmerkmal bereits in der Gegenwart erfüllt war und nur eine Abgrenzung der Prognosefrist in Richtung Zukunft (sog. Prognosehorizont) vorgenommen werden mußte, ist bei der Erwartung des § 24 I GWB auch deren untere Grenze zu bestimmen.

Der Begriff der Erwartung selbst hilft bei dieser Aufgabe kaum weiter. Da man auch etwas erwarten kann, was sich bereits am folgenden Tag oder in ein paar Stunden ereignet, würden begrifflich bereits sehr kurzfristige Prognosen zu einer Untersagung führen können. Dies ließe sich jedoch - wie bereits dargelegt wurde¹ - nicht mit Sinn und Zweck des § 24 I GWB vereinbaren, welcher auf längerfristige Vorhersagen angelegt ist. Kurzfristige Prognosen scheiden daher als ausreichende Grundlage einer Untersagung nach § 24 I GWB aus. Da andererseits langfristige Prognosen, wie noch zu zeigen sein wird², nur in Ausnahmefällen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit möglich sind, kann der Prognosezeitpunkt des § 24 I GWB nur im mittelfristigen Bereich liegen. Prognosehorizont und Prognosemindestfrist fallen somit bei § 24 I GWB zusammen.

Der Begriff "mittelfristig" bedarf noch der Operationalisierung. Denn weder in der wirtschaftswissenschaftlichen³ noch der kartellrechtlichen Literatur⁴ ist ein einheitlicher Gebrauch der Termini "kurz-", "mittel-" und "langfristig" festzustellen. Eine konkrete Angabe von Jahreszahlen fehlt zumeist. Sie ist aber auch kaum möglich, da der Zeitraum hinsichtlich dessen der Prognostiker hinreichend sichere Wahrscheinlichkeitsurteile abgeben kann, von den Umständen des Einzelfalles abhängig

1 S.38ff.

2 S.162ff.

3 Vgl. Rogge, S.1278.

4 Vgl. die Zusammenstellung von Schütz, WuW 1979, S.15; Kleinmann-Bechtold, § 24 Rdn.8.

ist. Es läßt sich daher nicht einheitlich angeben, wie weit die im Rahmen des § 24 I GWB erforderliche Prognose in die Zukunft reichen muß. Als Faustregel kann die von Harms¹ genannte Zahl von fünf bis acht Jahren nach dem Zusammenschluß gelten. In Ausnahmefällen ist darüber hinaus aufgrund besonderer Umstände eine längerfristige Betrachtungsweise möglich und nötig, z.B. beim Vorliegen langfristiger Demarkations- und Konzessionsverträge der Energiewirtschaft².

e) Zusammenfassung

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, daß der Rechtsanwender bei der Prognoseentscheidung des § 24 I GWB in jedem Falle eine zumindest mittelfristige Vorhersage treffen muß. Gegenwärtige und kurzfristige Zusammenschlußwirkungen sind hingegen nicht geeignet, eine Untersagung zu stützen.

II. Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen

1. Prognoseerfordernis

Eine Ausnahme von der Fusionskontrolle greift ein, wenn die Unternehmen nachweisen, daß "durch den Zusammenschluß auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und daß diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen" (sog. Abwägungsklausel des § 24 I GWB). Dabei

1 Harms, GK, § 23a GWB Rdn.281, 301.

2 BKartA, WuW/E BKartA 1861 ("Veba-Stadtwerke Wolfenbüttel") sowie dazu unten, S.163.

sollen Verbesserungen sowohl auf dem beherrschten Markt als auch solche auf Drittmärkten in Betracht kommen¹.

Fraglich ist, ob sich - ebenso wie bei der Erwartung des Entstehens oder Verstärkens einer marktbeherrschenden Stellung - auch im Hinblick auf diese Verbesserungen die Möglichkeit einer zukunftsbezogenen Betrachtung eröffnet.

a) Historische und grammatische Auslegung

Noch in der Regierungsbegründung² wurde dies als selbstverständlich erachtet. Allerdings hat der Wirtschaftsausschuß den ursprünglichen Regierungsentwurf, was die Abwägungsklausel anbelangt, abgeändert und den noch heute gültigen Gesetzestext eingeführt, wonach die Unternehmen die Verbesserung "nachzuweisen haben". Aus dieser Änderung wurde gefolgert, daß in bezug auf die Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eine Prognose nicht in Betracht käme³. Es erscheint jedoch fraglich, ob sich aus der Änderung durch den Wirtschaftsausschuß derart weitgehende Folgerungen ziehen lassen. Schon der geänderte Wortlaut ist insoweit nicht eindeutig. So kann man durchaus mit Satzky⁴ die Auffassung vertreten, die Wen-

1 Vgl. nur Langen-Niederleithinger-Schmidt § 24 Rdn.17 m.w. Nachw. sowie Kleinmann-Bechtold, § 24 Rdn.58ff. und 67ff. mit Beispielen. Im Regelfall wird es sich bei den Verbesserungen um solche handeln, welche sich auf Drittmärkten ereignen. Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen bei gleichzeitiger Marktbeherrschung auf ein und demselben Markt sind nur schwer vorstellbar. Die in der Literatur genannten Beispiele wirken konstruiert und bedürfen derart vieler wirklichkeitsfremder Annahmen (vgl. das Beispiel von Kleinmann-Bechtold, a.a.O., Rdn.60), daß sie wohl von weitgehend akademischer Bedeutung bleiben werden; kritisch auch Gröner-Köhler, ORDO XXXI (1980), S.110f.

2 BT-Drcks. 6/2520, S.29 rechte Spalte.

3 So ausdrücklich die Arbeitsunterlage des Arbeitskreises Kartellrecht beim BKartA zur Tagung vom 2./3. Oktober 1979, S.9/10; ebenso, aber ohne Begründung, Schütz, WuW 1970, S.8.

4 Satzky, ZHR 141 (1977), S.572.

dung "Ist zu erwarten" beziehe sich auch auf den "es sei denn"-Satzteil. Jedenfalls aber spricht das Gesetz von Verbesserungen, die "durch" den und nicht "mit" dem Zusammenschluß eintreten. Hierunter lassen sich auch künftige Folgen eines Zusammenschlusses subsumieren¹. Erforderlich ist nur, daß es sich um kausal hervorgerufene Auswirkungen des Zusammenschlusses handelt.

b) Systematisch-teleologische Auslegung

Dieses im Wege der grammatischen Auslegung gefundene Ergebnis wird durch systematische und teleologische Gesichtspunkte bestätigt. Sinn und Zweck der Abwägungsklausel ist es, die positiven und negativen Auswirkungen eines Zusammenschlusses zu ermitteln, diese zu gewichten und bei einem Überwiegen² der Positiva von einem Fusionsverbot abzusehen. Diese abwägende Gesamtbetrachtung der Folgen eines Zusammenschlusses ist nicht möglich, wenn dem Rechtsanwender hinsichtlich der Vorteile die Vornahme einer Prognose abgeschnitten wäre. Denn negative wie positive Auswirkungen auf die Wettbewerbsbedingungen erfolgen fast nie schlagartig. Sie ereignen sich vielmehr im Verlauf eines Prozesses, der sich über einen Zeitraum von mehreren Jahren erstrecken kann und der auch mit dem organisatorischen Zusammenwachsen der Unternehmen³ wegen der zu berücksichtigenden Folgewirkungen noch nicht abgeschlossen ist.

-
- 1 Ebenso Riesenkampff, WuW 1977, S.296; Satzky, a.a.O.; Kirschstein, S.109.
 - 2 In dieser Hinsicht brachte die Überarbeitung durch den Wirtschaftsausschuß gegenüber dem Regierungsentwurf, der ein Aufwiegen genügen ließ, eine echte Verschärfung; vgl. Wirtschaftsausschuß, BT-Drucks. 7/765, S.7.
 - 3 Welches allein einen Zeitraum von durchschnittlich zwei Jahren in Anspruch nimmt; vgl. (Raisch)-Sölter-(Kartte), S.55.

Es wäre daher nicht gerechtfertigt, bei den negativen Marktentwicklungen künftige Entwicklungen zu berücksichtigen, während positive Effekte bereits im Zeitpunkt des Zusammenschlusses vorliegen müssen.

Wie sich aus dem oben¹ dargestellten Zweck der Prognoseentscheidung des § 24 I GWB ergibt, ist auch nicht erforderlich, daß die Verbesserungen gleichzeitig mit den negativen Auswirkungen eintreten. Vielmehr reicht es aus, wenn sie auf mittelfristige Sicht zu erwarten sind. Dies gilt selbst dann, wenn die marktbeherrschende Stellung bereits vorher entsteht.

Auch im Hinblick auf die Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen ist daher eine Prognoseentscheidung zu treffen².

c) Prognose der Verbesserungen und Nachweispflicht

Dem steht auch nicht entgegen, daß die Initiative des Wirtschaftsausschusses zur Aufnahme der Beweis Anforderung "Nachweis" in den Tatbestand der Abwägungsklausel führte. Zwar ist es logisch unmöglich, etwas zu "beweisen", was erst in der Zukunft stattfinden soll. Dies schließt indessen die Feststellung nicht aus, daß im Rahmen der Abwägungsklausel eine Prognose notwendig ist.

Bewiesen werden können grundsätzlich nur Tatsachen, während sich Werturteile eines Beweises entziehen³. Die Prognose setzt sich aber aus mehreren Elementen zusammen: aufgrund gewisser Tatsachen (z.B. Marktanteil in der Vergangenheit etc.) beinhaltet sie den wertenden Schluß, daß etwas Ungewisses in der Zu-

1 Siehe S.38ff.

2 Frankfurter Komm. § 24 Rdn.55 und 62; Kleinmann-Rechtold, § 24 Rdn.55; Emmerich, S.263ff.; Riesenkampff, a.a.O.; Satzky, a.a.O.; Kirschstein, a.a.O.; einschränkend von Gamm, § 24 Rdn.12.

3 Vgl. Thomas-Putzo, § 284 ZPO, Vorbem.6; OLG Düsseldorf, BB 1972, S.1030.

kunft passiere, wobei zur Begründung des Werturteils ein - durchaus beweisbarer¹ - Erfahrungssatz dienen kann. Jede Prognose besteht somit aus einem beweisbaren (prognosebegründende Tatsachen und Erfahrungssätze) und einem nichtbeweisbaren (Wertungs-)Bestandteil. Wenn man sich diese Struktur vergegenwärtigt, wird man zu dem Ergebnis kommen, daß mit "Nachweis" i.S. der Abwägungsklausel nur gemeint sein kann, daß die Unternehmen die Darlegungs- und Beweislast für den beweisbaren Teil der Prognose, nämlich die prognosebegründenden Tatsachen sowie für die Existenz der herangezogenen Erfahrungssätze trifft.

Dies ergibt sich auch aus dem Bericht des Wirtschaftsausschusses. Darin heißt es²:

"Die Neufassung der sogenannten Abwägungsklausel in § 24 Abs.1 stellt klar, daß die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen die Tatsachen darlegen und gegebenenfalls zu beweisen haben, die nach ihrer Ansicht und zu ihren Gunsten die Feststellung gerechtfertigt erscheinen lassen, die Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen überwögen die Nachteile der Marktbeherrschung."

Nur die Tatsachen, die zu der Bewertung der Verbesserungen als überwiegend führen, sind daher zu beweisen³, nicht das seiner Natur nach keines Beweises zugängliche Element der Bewertung selbst.

Die Anforderung an die Unternehmen, die prognosebegründenden Tatsachen zu beweisen, steht aber einer Berücksichtigung

1 Zur Beweisfähigkeit der Erfahrungssätze Thomas-Putzo, § 284 ZPO, Vorbem.6b.

2 BT-Drcks. 7/765, S.7 (recht Spalte); zu dem ausdrücklich folgend BKartA, WuW/E BKartA 1465.

3 Zu den zahlreichen Problemen, die sich daraus ergeben, daß den Unternehmen innerhalb der im Kartellrecht geltenden Offizialmaxime eine Beweislast aufgebürdet wird, vgl. Wirz, WuW 1975, S.611ff.; Kaiser, WuW 1978, S.344ff.; Wolf-Wallraff, BFuP 1979, S.238f.; Nagel, DB 1979, S.1023.

zukünftiger Entwicklungen bei der Beurteilung der "Verbesserungen" nicht entgegen.

2. Prognosegegenstand

Nicht aus den Augen gelassen werden darf bei der Prognose der Verbesserungen die Tatsache, daß ebenso wie bei der Prüfung der zu erwartenden Nachteile¹ in erster Linie Gegebenheiten der Marktstruktur² zu berücksichtigen sind, wobei es auf eine mittel- bis langfristige Betrachtung ankommt. Insbesondere bei der Übernahme marktschwacher Unternehmen kann es nämlich, wie von Reich³ aufgezeigt wurde, anfangs infolge einer Zufuhr von Finanzmitteln, qualifizierten Managementkräften, besseren marktstrategischen Ideen etc. durchaus zu positiven Einflüssen auf den Wettbewerb kommen. Dies darf aber nicht über die Gefahren hinwegtäuschen, die in einer langfristigen Verschlechterung der Marktstruktur liegen können.

III. Prognoseentscheidungen im Rahmen der Ministererlaubnis nach § 24 III GWB

1. Erlaubnisvoraussetzungen

Um eine auch in atypischen Einzelfällen gerechte Fusionskontrollentscheidung zu ermöglichen⁴, hat der Gesetzgeber in § 24 III GWB die Möglichkeit der sogenannten Ministererlaubnis vorgesehen. Danach kann der BMW auch einen vom BKartA untersagten Zusammenschluß genehmigen, wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von den gesamtwirtschaftlichen Vor-

1 Vgl. oben S.25f.

2 Zur Frage, ob und wie weit erwartetes Marktverhalten zu berücksichtigen ist, vgl. oben S.26ff.

3 Reich, ZRP 1971, S.236.

4 Begr. zum RegE, BT-Drcks. 6/2520, S.31.

teilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder wenn der Zusammenschluß durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. Grenze für die Erlaubnisfähigkeit ist nach § 24 III S.2 GWB, daß durch die Wettbewerbsbeschränkung die marktwirtschaftliche Ordnung nicht gefährdet werden darf¹.

Beide Tatbestandsvoraussetzungen für die Erteilung einer Ministererlaubnis stellen sich als weitreichende, unbestimmte Rechtsbegriffe dar².

Obwohl sie durch das Wort "oder" verbunden sind und gleichrangig nebeneinander stehen, hat in der Praxis - soweit ersichtlich - bislang nur die erste Alternative (gesamtwirtschaftliche Vorteile) Anwendung gefunden, was die außerordentliche Weite bereits dieses Begriffes offenbart. Noch weiter ist die Tatbestandsalternative "überragendes Interesse der Allgemeinheit", da sie sich nicht auf wirtschaftliche Sachverhalte beschränkt.

Da Interessen der Allgemeinheit auch solche der Gesamtwirtschaft sein können, wird man diesen Begriff gegenüber dem der gesamtwirtschaftlichen Vorteile als Oberbegriff ansehen müssen³.

Ein klare Trennung beider Tatbestandsalternativen ist aber nicht erforderlich. Vielmehr handelt es sich bei beiden Voraus-

1 Die Bedeutung dieses Postulats ist verschwommen. Gefährdungen der marktwirtschaftlichen Ordnung werden bereits nach der im Rahmen des § 24 III S.1 stets erforderlichen Abwägung zur Verweigerung der Ministererlaubnis führen. Auch ist fraglich, wieviele Märkte betroffen sein müssen, bis das Merkmal der Gefährdung der marktwirtschaftlichen Ordnung erreicht ist. Nach Auffassung der Monopolkomm. ist die Gefährdung von Teilbereichen der Marktwirtschaft ausreichend (vgl. Sondergutachten 2, Tz.31,94), wobei diese Teilbereiche allerdings weiter gezogen werden müssen als etwa die relevanten Märkte in §§ 22, 24 I; zust. Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 24 Rdn.38.

2 Knöpfle, WuW 1974, S.5 zählt sie zu "den allgemeinsten Begriffen, welche die deutsche Rechtssprache kennt".

3 Knöpfle, a.a.O., S.16f.

setzungen, wie Emmerich¹ zutreffend ausführt, nur um Umschreibungen des Begriffes "öffentliches Interesse". Dieser Begriff ist einer Eingrenzung nur schwer zugänglich und ruft, wie Häberle² eindringlich aufzeigt, nicht nur im Kartellrecht erhebliche Auslegungsschwierigkeiten hervor. Laut Rinck³ sind in den Vorschriften über die Ministererlaubnis "Entscheidungen von überwiegend wirtschaftspolitischem Charakter in Rechtsnormen verkleidet worden". Andere⁴ wiederum halten den Begriff des Interesses der Allgemeinheit für "unendlich" dehnbar. Hier den Versuch einer Definition zu unternehmen würde vom Thema wegführen. Festzuhalten ist nur, daß bei der Erteilung der Ministererlaubnis auch wirtschafts- und wettbewerbsheteronome Ziele berücksichtigungsfähig sind, wenngleich der Bundeswirtschaftsminister im Rahmen des § 24 III GWB - anders als bei § 8 I GWB - bislang noch nicht entscheidend auf derartige Zielsetzungen abgestellt hat.

Vielleicht erklärt sich die Neigung des Bundeswirtschaftsministers, in erster Linie die gesamtwirtschaftlichen Vorteile zu berücksichtigen, gerade aus der Weite und Unschärfe des Begriffs der "Interessen der Allgemeinheit". Scheint doch der Begriff der "gesamtwirtschaftlichen Vorteile" auf den ersten Blick leichter konkretisierbar zu sein, insbesondere weil die Bundesregierung in ihrer Begründung zu § 24 III GWB⁵ als Auslegungshilfe auf § 1 S.2 StabG hingewiesen hat. Doch die Hoffnung, das StabG biete Hilfe zur Eingrenzung der weiten Erlaubnisvoraussetzungen, ist trügerisch. Auch die Ziele des StabG sind, wie sich schon aus dem Zweck dieses der wirt-

1 Emmerich, Kartellrecht, S.269.

2 Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem; zur mangelnden Praktikabilität des Begriffes des öffentlichen Interesses für die Kartellrechts-Anwendung vgl. Sandrock, Der Volkswirt 1970, Nr.28, S.43.

3 Rinck, Rdn.961.

4 Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 24 GWB Rdn.35.

5 BT-Drsks. 6/2520, S.31: für die Maßgeblichkeit der Ziele des StabG auch Kleinmann-Bechtold, § 24 Rdn.206ff.

schaftlichen Globalsteuerung dienenden Gesetzes ergibt, nur ausfüllungsbedürftige Programmsätze. Mehr als Anhaltspunkte und Richtlinien¹ können daraus für die Interpretation des § 24 III GWB nicht gewonnen werden.

2. Prognose

Diese bei der Feststellung der Erlaubnisvoraussetzungen festgestellten Schwierigkeiten potenzieren sich bei der prognostischen Frage, ob die fragliche Fusion die für die Erlaubniserteilung erforderlichen Vorteile hervorrufen wird.

Welche Vorteile berücksichtigt werden müssen, darüber läßt sich notfalls ein Konsens herstellen. Die nach unbestrittener Auffassung² erforderliche prognostische Einschätzung, ob diese als positiv angesehenen Wirkungen auch Realität werden, ist demgegenüber von ungleich größerer Beurteilungsbreite. Dies gilt insbesondere deshalb, weil es im Rahmen der Feststellung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen oder überragender Gemeinwohlinteressen nicht auf kurzfristige Ziele der Tagespolitik ankommt³. Vielmehr darf die Ausnahme vom Vorrang des Wettbewerbsschutzes nur zur Verwirklichung grundlegender politischer Ziele Platz greifen. Es sind also mittel- bis langfristige Wirkungen des Zusammenschlusses zu beurteilen. Dementsprechend hat auch der Bundeswirtschaftsminister im Veba/Gelsenberg-Fall auf die langfristige Sicherung der deutschen Mineralölversorgung abgestellt⁴.

1 Kleinmann-Bechtold, a.a.O., Rdn.207.

2 Frankfurter Komm., § 24 Rdn.123; Bartram, WuW 1979, S.381.

3 Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 24 Rdn.36; Kleinmann-Bechtold, a.a.O., Rdn.206, Emmerich, S.270; Fatscheck, S.158f.

4 BMW, WuW/E 148: eine in der Sache heftig kritisierte Entscheidung, deren Zweifelhaftigkeit durch die Erwägungen im Veba/BP-Fall, WuW/E BMW 165f., die genau in die entgegengesetzte Richtung zielen, deutlich zutage trat. Vgl. auch die Kritik von seiten der Monopolkomm., Sondergutachten 8, S. 27.

Ebenso sind auch in anderen Fallgestaltungen die langfristigen Wirkungen maßgebend. Rein temporäre Vorteile, etwa der Ausgleich konjunktureller Schwankungen, vermögen einen dauernden Zusammenschluß mit seinen bleibenden Wirkungen auf die Marktstruktur nicht zu rechtfertigen¹.

Bedeutungsvoll ist diese langzeitbezogene Betrachtung insbesondere im Fall der sog. Sanierungsfusion. Diese Art von Fusionen wird oft pauschal mit dem Arbeitsplatzargument gerechtfertigt. Hier ist aber zu differenzieren: Zu einer wegen fehlender Entflechtungsmöglichkeiten irreversiblen Fusionserlaubnis kann nur die Gefahr einer langfristigen, strukturellen Arbeitslosigkeit, nicht hingegen der zeitweilige Verlust einzelner Arbeitsplätze führen². Überdies ist eine gesamtwirtschaftliche Betrachtungsweise geboten³. Dies impliziert, daß die Sanierung des einen Unternehmens keine Gefährdung von Arbeitsplätzen bei dessen Konkurrenten hervorrufen darf⁴.

Die mittel- bis langfristige und auf die Gesamtwirtschaft auszurichtende Betrachtungsweise erschwert naturgemäß die im Rahmen des § 24 III GWB erforderliche Prognose. Es entspricht allgemeiner wirtschaftspolitischer Erfahrung, daß wegen der wachsenden Zahl der unwägbaren Faktoren die Fehlerquote mit dem zu prognostizierenden Zeitraum zunimmt⁵. Ebenso hat der Übergang von der einzelwirtschaftlichen zur gesamtwirtschaftlichen Betrachtung eine Vermehrung der Prognosefaktoren zur Folge.

1 Knöpfle, a.a.O., S.10.

2 Monopolkomm., Sondergutachten 5, S.48; Gröner-Köhler, ORDO XXXI (1980), S.155; für eine differenzierte Betrachtung unter Berücksichtigung von Regional- und Strukturpolitik Harms, Fusionskontrolle, S.69.

3 BWM, AG 1982, S.46f. ("IHB/Wibau").

4 BWM, a.a.O.

5 Ebenso Giersch, S.300; Henschel, S.17; Kuhlo, S.217; a.A. hinsichtlich der Konjunkturprognose Jöhr-Kneschaurek, S.432f.

Die Schwierigkeiten, vor die sich der BWM bei der Erlaubnisentscheidung nach § 24 III GWB gestellt sieht, ergeben sich daher zum einen aus dem allgemeinpolitischen Charakter der Erlaubnisvoraussetzungen, zum anderen aus der Langfristigkeit der Prognose.

3. Besonderer Beurteilungsspielraum

Sowohl die Unbestimmtheit der Erlaubnisvoraussetzungen als auch die spezifisch politische Zielsetzung der Ministererlaubnis führen dazu, daß das Spektrum vertretbarer Entscheidungen eine außerordentliche Bandbreite aufweist. Dieser Befund legt es nahe, dem BWM im Erlaubnisverfahren einen besonderen Beurteilungsspielraum zuzubilligen. Anders als bei der Prüfung der wettbewerblichen Vor- und Nachteile, hinsichtlich derer der BWM nach h.M. an die Feststellungen des BKartA gebunden ist¹, wird ein solcher Beurteilungsspielraum bei der Feststellung der Erlaubnisvoraussetzungen daher auch weithin bejaht².

Demgegenüber kann der Ansicht Emmerichs³, dem BWM käme in diesem Zusammenhang ein Ermessen zu, nicht beigetreten werden. Ermessen bedeutet einen Entscheidungsspielraum des Rechtsanwenders auf der Rechtsfolgeseite der Norm⁴. Das heißt, daß der Rechtsanwender bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen einer Norm - innerhalb der Grenzen des Ermessens - frei entscheiden kann, ob und wie er tätig wird. Einen solchen Ermessensspielraum eröffnet das Gesetz aber

1 BWM, WuW/E 149f.; Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 24 Rdn.33; Emmerich, S.270; ders., AG 1980, S.248; differenzierter Kleinmann-Bechtold § 24 Rdn.198ff.

2 KG, WuW/E OLG 137 ("Thyssen-Hüller"); Kleinmann-Bechtold, § 24 Rdn.205; Gröner-Köhler, a.a.O., S.113ff.; Knöpfle, a.a.O., S.5f. (insbes. Fußn. 4); Monopolkomm., Sondergutachten 2, S.30; Rittner, Wirtschaftsrecht, S.461.

3 Emmerich, S.269.

4 Erichsen-Martens, § 12 II 2b; Wolff-Bachof 1, § 31 IIb.

in § 24 III GWB gerade nicht, wenn es dort heißt: "Der Bundesminister für Wirtschaft erteilt ..., wenn ...". Diese Fassung des Gesetzes stellt klar, daß der BMW handeln muß, "wenn" er die entsprechenden Voraussetzungen feststellt. Er hat also kein Ermessen.

Vielmehr liegt sein Entscheidungsspielraum auf der Tatbestandsseite der Norm bei der Beurteilung der zu erwartenden Vorteile. Wegen der Vielzahl der vertretbaren Beurteilungsmöglichkeiten im Hinblick auf die gesamtwirtschaftliche Entwicklung und hinsichtlich der Erreichbarkeit der erwünschten Vorteile besteht eine - durch § 70 V S.2 GWB positivgesetzlich anerkannte¹ - Beurteilungsprerogative, ein Beurteilungsspielraum², des BMW. Das bedeutet, daß dessen Entscheidung nur im Wege einer Evidenzkontrolle, deren Ausgestaltung eingehend im Teil 3 dieser Arbeit³ untersucht werden wird, überprüft werden darf. Sind die Erwägungen des BMW vertretbar und vernünftig begründet, entziehen sie sich einer gerichtlichen Kontrolle.

Die außerordentliche Weite der Erlaubnisvoraussetzungen, die Schwierigkeit der vorzunehmenden Prognose und letztlich die Beurteilungsprerogative des Ministers bergen zusammengekommen erhebliche Gefahren für die Rechtssicherheit der betroffenen Unternehmen. Erlaubnisentscheidungen nach § 24 III GWB sind kaum vorhersehbar.

Es wäre daher im Interesse der Unternehmen wie auch der Behörde selbst geboten, wenn der BMW Grundsätze für die Erlaubnisentscheidung herausarbeiten und bekanntmachen würde, wenngleich klar ist, daß dadurch die Transparenz der nach § 24 III GWB stets erforderlichen Einzelfallentscheidung nur in Grenzen verbessert werden könnte.

1 Vgl. zur Frage der Kontrolldichte hingehend unten Teil III, S.170ff.

2 Zur Rechtsfigur des Beurteilungsspielraums vgl. Schmidt-Salzer, passim; Erichsen, VerwArch 63 (1972), S.337ff.; Erichsen-Martens, § 12 II 1b; Wolff-Bachof I, § 31 I c 3.

3 Siehe unten S.170ff.

IV. Widerlegung der Vermutungen des § 23a II GWB

Einen neuen Fall, in dem der Gesetzgeber ausdrücklich eine Entscheidung aufgrund einer Prognose verlangt, enthält der durch die 4. Kartellgesetznovelle eingefügte § 23a II GWB¹.

Die - prognoseerleichternden² - Oligopolvermutungen in Abs.2 dieser Vorschrift kommen nämlich dann nicht zur Anwendung, wenn die Unternehmen nachweisen, "daß die Wettbewerbsbedingungen auch nach dem Zusammenschluß wesentlichen Wettbewerb e r w a r t e n lassen" (Sperrung vom Verfasser dieser Unters.).

Im Gegensatz zu der oben erörterten Abwägungsklausel des § 24 I GWB stellt der Gesetzgeber in dieser Vorschrift klar, daß der von den Unternehmen zu führende Nachweis sich auf eine Erwartung bezieht. Daß dies kein logischer Widerspruch ist, wenn man Nachweis in dem Sinne versteht, daß die Unternehmen die der Erwartung zugrundeliegenden Tatsachen und nicht die Prognose selbst beweisen müssen, wurde oben bereits dargelegt³.

Insoweit wird die vom Verfasser zur Auslegung der Abwägungsklausel des § 24 I GWB vertretene Ansicht, daß auch im Rahmen der Beweisanforderung "Nachweis" Prognoseentscheidungen möglich und geboten sind, vom Gesetzgeber durch die von der Struktur her ähnliche Ausnahmenvorschrift des § 23a II 2.Halbs. GWB bestätigt.

1 Zur Widerlegung der Vermutungen des § 23a I GWB vgl. unten, S.126ff.

2 Dazu unten ausführlich, S.125ff.

3 S.45f.

V. Entflechtungsvorschläge und Prognoseerfordernis

Nach den Vorstellungen der Monopolkommission¹ sowie von Teilen des Schrifttums² soll die gesetzliche Ausgestaltung der Fusionskontrolle durch eine Entflechtungsregelung³ ergänzt werden.

Sollte dieser Vorschlag, dessen Für und Wider hier nicht erörtert werden soll⁴, Gesetz werden, so hätte der Rechtsanwender zu prüfen, ob die Entflechtung nicht zu größeren Nachteilen als die bestehende Unternehmensverbindung führt⁵. Im Rahmen einer Abwägung wird also eine Prognose der Entflechtungswirkungen⁶ verlangt.

Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, daß die Entflechtung einer Unternehmensverbindung einen erheblich schärferen Eingriff darstellt als alle anderen kartellrechtlichen Maßnahmen, weil bestehende unternehmerische Einheiten zerschlagen werden. Die generellen Bedenken gegen eine - naturgemäß mit einem Unsicherheitsfaktor behaftete - Prognose als Grundlage eingreifender Entscheidungen, welche insbesondere unter dem Ge-

1 Monopolkomm., 3.Hauptgutachten 1978/79, S.178ff. mit Stellungnahmen von Scherer (S.312ff.) und Schuhmacher (S. 316ff.), welcher auf S.317 auf die Schwierigkeiten der Prognose eingeht.

2 Möschel, Entflechtungen; ders., ORDO XXX (1980), S.69ff.; ders., Dekonzentration; Oehler, Entflechtungen und Kontrahierungszwang; Schulte-Braucks, Die Auflösung; ders., BB 1981, S.1369ff.; Posner, Divestiture.

3 Und zwar als eigenständige Eingriffsmöglichkeit im Gegensatz zu der bereits de lege lata bestehenden Entflechtung des § 24 II letzter Satz GWB, die nur die Kehrseite der nachträglichen Ausgestaltung der Fusionskontrolle darstellt und keine besondere Prognoseproblematik birgt.

4 Dagegen mit beachtlichen Gründen z.B. der BDI, vgl. FAZ vom 11.7.1980, S.13; kritisch auch Rupert Scholz, Entflechtung und Verfassung, 1981, und Selmer, Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, 1981.

5 So der Vorschlag der Monopolkomm., a.a.O., S.200, Tz.764.

6 Zu den Schwierigkeiten dieser Prognose Hitzler, S.158f.

sichtspunkt der Rechtssicherheit und der Verhältnismäßigkeit bestehen, werden daher im Rahmen der Entflechtung besonders deutlich¹.

G. PROGNOSEENTSCHEIDUNGEN IM RAHMEN DER PRÄVENTIVEN MIßBRAUCHSAUFSICHT

I. Begriff der präventiven Mißbrauchsaufsicht und Prognoseerfordernis

Unter präventiver² Mißbrauchsaufsicht versteht man ein Eingreifen der Kartellbehörde zu einem Zeitpunkt, zu dem das nach den kartellrechtlichen Vorschriften als mißbräuchlich anzusehende Unternehmensverhalten noch nicht vorliegt, aber für die Zukunft zu erwarten ist. Die präventive Mißbrauchsaufsicht setzt also zwingend eine Prognose voraus.

Typisches Beispiel für ein Vorgehen des Bundeskartellamtes im Wege der präventiven Mißbrauchsaufsicht ist das Schreiben vom 7. März 1977 an die Automobilhersteller Ford, Opel und VW, welches angesichts einer vom Amt erwarteten Preiserhöhung der präventiven Preiskontrolle dienen sollte und in dem es wie folgt hieß³:

-
- 1 Bedenken in dieser Richtung auch bei Möschel, ORDO XXXI (1980), S.75,76, der meint, daß sich Prognosefehler im Rahmen der Entflechtung stärker auswirkten, und der daher "schärfere Anforderungen" an die Prognose stellen will.
 - 2 Zum Teil wird auch von "antizipierter Mißbrauchsaufsicht" gesprochen. Dieser Begriff soll hier aber nicht verwendet werden, da er Verwechslungen mit dem ebenfalls unter diesem Stichwort firmierenden verfahrensrechtlichen Problem hervorruft, ob bereits im Kartellerlaubnis- oder -widerspruchsverfahren die Merkmale der Kartellmißbrauchsaufsicht der §§ 11 V und 12 GWB berücksichtigt werden dürfen. Zur Verbreitung der Verwechslungen vgl. Karsten Schmidt, WuW 1980, S.580.
 - 3 Abgedruckt im Hauptgutachten II der Monopolkommission, S.223.

"Dem BKartA liegen Anhaltspunkte vor, daß Ihr Unternehmen erwägt, unter Hinweis auf eingetretene Kostensteigerungen seit der letzten Preiserhöhung im Frühjahr 1976 die Preise für die laufenden Modelle anzuheben. Aufgrund der Ergebnisse der Ermittlungen des Amtes im Zusammenhang mit der Preiserhöhung 1976 sowie der vorliegenden Daten über die seitherige Entwicklung des Absatzes, der Material- und Personalkosten bestehen jedoch erhebliche Zweifel, daß eine derartige mit Kostensteigerungen begründete Preiserhöhung im laufenden Modelljahr gerechtfertigt wäre. Diese Zweifel werden insbesondere durch den beträchtlichen Mehrerlössockel aus der Preiserhöhung 1976 erhärtet, der durch die bekanntgewordenen Unternehmensergebnisse für 1976 bestätigt wird. Eine Preiserhöhung in nächster Zeit wäre aus diesen Gründen einem erheblichen Verdacht der mißbräuchlichen Ausnutzung marktbeherrschender Stellungen ausgesetzt und müßte die Beschlußabteilung veranlassen, eingehende Ermittlungen zu führen und möglicherweise auch kurzfristige Maßnahmen zu treffen."

Dieses Schreiben stellte keine wirksame Rechtsuntersagung dar, sondern nur eine informelle Maßnahme mit dem Charakter einer "Abmahnung". Die Verfahrensweise wurde selbst von Markert als einem der Mitverantwortlichen als Ausnahmefall gekennzeichnet¹. Daneben gibt es aber auch Beispiele für förmliche Untersagungsverfügungen, welche sich auf eine prognostische Betrachtung stützen².

1 Markert, Mißbrauchsaufsicht, S.36. Auf die mit den formlosen "Vorfeldmaßnahmen" verknüpften verfahrensrechtlichen Probleme ist in dieser Arbeit nicht einzugehen; vgl. hierzu Karsten Schmidt; WuW 1980, S.578.

2 z.B. BKartA, WuW/E BKartA 1210 ("Kraftfahrzeugpflgemittel").

II. Zulässigkeit

Die Zulässigkeit der präventiven Mißbrauchsaufsicht ist umstritten. Während die einen hier ein zulässiges Mittel zur Sicherung des Leistungswettbewerbs sehen¹, wird die Zulässigkeit derartiger Maßnahmen von anderer Seite schlechthin verneint².

Büdenbender, der die Zulässigkeit präventiver Mißbrauchsaufsichtsmaßnahmen nachdrücklich bestreitet, stützt sich zur Begründung seiner Auffassung in erster Linie auf den Wortlaut der die Mißbrauchsaufsicht regelnden Vorschriften der §§ 12, 17, 18, 22, 37a, 104 GWB³. Anders als die bisher erörterten Tatbestandsformulierungen wie die von der "Eignung" oder "Erwartung", welche mehr oder weniger deutlich auf die Notwendigkeit einer prognostischen Betrachtung hinwiesen, bietet der Wortlaut dieser Vorschriften in der Tat keinerlei Anhaltspunkte für einen Zukunftsbezug. Die Tatbestandsformulierungen stellen nicht auf die Gefahr eines Mißbrauchs, sondern auf ein bereits stattgefundenes mißbräuchliches Verhalten ab.

Andererseits wird von den Befürwortern einer präventiven Mißbrauchsaufsicht zu Recht darauf hingewiesen, daß es in erster Linie auf den Sinn und Zweck der Vorschriften über die Mißbrauchsaufsicht ankommt⁴. Es sei wenig sinnvoll, erst den Eintritt schädlicher Marktwirkungen abwarten zu müssen. Dann bestehe nämlich u.U. die Gefahr, daß die Untersagung wegen des Eintritts vollendeter Tatsachen zu spät kommt und keine

1 Koenigs, S.329ff.; Karsten Schmidt, a.a.O., S.577ff.; Emerich, in Immenga-Mestmäcker, § 18 GWB Rdn.238; Westrick-Loewenheim, § 18 GWB Rdn.48.

2 Büdenbender, WuW 1980, S.111ff.; Schwarz in GK, § 18 Anm.82; kritisch auch Monopolkomm., Hauptgutachten II, S.224.

3 Büdenbender, a.a.O., S.115.

4 Karsten Schmidt, a.a.O., S.582ff.; Westrick-Loewenheim, a.a.O.

Wiederbelebung des Wettbewerbs mehr hervorrufen kann¹. Auch andere Normen, welche vom Wortlaut her auf einen abgeschlossenen Sachverhalt abstellten, wie z.B. § 1004 I BGB und § 1 UWG, ermöglichten ihrem Sinn und Zweck nach unbestritten die Ergreifung von Präventivmaßnahmen wie der vorbeugenden Unterlassungsklage².

Diese Argumentation verdient Zustimmung. Ebenso wie die anderen kartellrechtlichen Instrumentarien dient auch die Mißbrauchsaufsicht dem Schutz des Wettbewerbs. Sie hat also eine gefahrenabwehrende Tendenz. Der Zweck von Mißbrauchsuntersagungen liegt dementsprechend nicht in erster Linie darin, einen in der Vergangenheit liegenden Mißbrauch nachträglich mit einer Sanktion zu belegen, sondern in der Sicherung der Wettbewerbsfreiheit für die Zukunft. Diese zukunftsgerichtete Zielsetzung ergibt sich im übrigen nicht nur aus diesem generellen Zweck eines jeden sinnvollen Wettbewerbsrechts, sondern auch daraus, daß einzelne Vorschriften der Mißbrauchsaufsicht ausdrückliche Aussagen darüber treffen, wie einer Fortsetzung des in der Vergangenheit liegenden mißbräuchlichen Verhaltens für die Zukunft begegnet werden soll. So weist Karsten Schmidt zu Recht darauf hin³, daß § 18 I GWB die Befugnis der Kartellbehörde enthalte, "neue, gleichartige Bindungen zu verbieten". Auch die Vorschrift des § 22 V S.2 GWB, wonach die Kartellbehörde die Beteiligten vor Erlass einer Untersagungsverfügung auffordern soll, den beanstandeten Mißbrauch "abzustellen", offenbart die auf die Zukunft bezogene Zielrichtung der Mißbrauchsaufsicht. Denn "Abstellen" heißt, Abhilfe für die Zukunft zu schaffen. Auch bleibt ein vergangener Mißbrauch, wenn ihn die Beteiligten in der Zukunft aufgrund der Aufforderung der Kartellbehörde freiwillig nicht mehr praktizieren, nach der Konzeption des GWB sanktionslos, was ebenfalls verdeutlicht, daß es bei der kartellrechtlichen

1 BKartA, WuW/E BKartA 1210; Westrick-Loewenheim, a.a.O.

2 Karsten Schmidt, a.a.O., S.583.

3 Karsten Schmidt, a.a.O., S.582.

Mißbrauchsaufsicht vor allem um eine Sicherung des freien Wettbewerbs in der Zukunft geht und nicht um eine Pönalisierung vorangegangenen Verhaltens.

Gegenüber dieser vom Gesetzeszweck ausgehenden Argumentation schlugen die von Büdenbender vorgebrachten Bedenken gegen eine präventive Mißbrauchsaufsicht nicht durch, jedenfalls, soweit sie die Zulässigkeit von Präventivmaßnahmen deswegen in Abrede stellen, weil die materiellen Ermächtigungen der Mißbrauchsaufsichts-Vorschriften nicht entsprechend weit reichen¹. Insbesondere kann nicht gegen eine präventive Mißbrauchsaufsicht vorgebracht werden, daß sie zu einer Vermischung der Verantwortungsbereiche von Unternehmen und Kartellbehörde führe². Bieten sich der Kartellbehörde tatsächliche Anhaltspunkte, daß ein mißbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens bevorsteht, so gehört eine Untersagung durchaus zu dem dem BKartA obliegenden Aufgaben- und Verantwortungsbereich, der darin besteht, den freien Wettbewerb sicherzustellen. Die Freiheit der Unternehmen, rechtlich zulässige Wettbewerbshandlungen vorzunehmen, und damit ihr Verantwortungsbereich wird durch eine solche Maßnahme nur dann berührt, wenn die Annahme der Kartellbehörde, daß es sich bei dem inkriminierten Verhalten um ein mißbräuchliches handelte, fehlsam war. In diesen Fällen kann das Unternehmen jedoch, wenn es sich bei der Maßnahme um eine formlose Abmahnung handelte, diese folgenlos ignorieren³, bzw. wenn die Kartellbehörde eine förmliche Verfügung erlassen hat, diese im Wege der Beschwerde nach § 70 II GWB anfechten. Die von Büdenbender⁴ konstatierte Beschränkung des Verantwortungsbereichs der Unternehmen findet also nicht statt.

1 Büdenbender, a.a.O., S.115.

2 So aber Büdenbender, a.a.O., S.116.

3 Karsten Schmidt, a.a.O., S.586.

4 Büdenbender, a.a.O., S.116.

Eine andere Frage ist, ob die von den Kartellbehörden praktizierten informellen "Vorfeldmaßnahmen" in ihrer konkreten Ausgestaltung wie z.B. im oben geschilderten Automobilhersteller-Fall¹ nicht deswegen scheitern, weil sie rechtsstaatlichen Anforderungen an das Verfahren nicht genügen². Hier besteht in der Tat die Gefahr eines "Mißbrauchs der antizipierten Mißbrauchsaufsicht" durch die Behörden, insbesondere bei Druckausübung im Wege von Presseveröffentlichungen³. Die Gefahr von Mißbräuchen durch Behörden besteht jedoch bei allen Eingriffstatbeständen und ist keine Besonderheit der Mißbrauchsaufsicht, welche es rechtfertigen würde, dieses Instrument generell zu verwerfen. Sollten präventive Mißbrauchsaufsichtsmaßnahmen tatsächlich im Einzelfall rechtsfehlerhaft sein, so können die beschwerten Unternehmen ohne weiteres dagegen mit allen rechtlichen Mitteln vorgehen.

So berechtigt die Warnungen Büdenbenders daher sind, sie wirken sich nicht auf die grundsätzliche Frage aus, ob die Vorschriften der Mißbrauchsaufsicht materiell eine zukunftsbezogene Kontrolle erlauben.

Diese Frage kann nur anhand der anerkannten Auslegungskriterien, insbesondere der oben angesprochenen Teleologie des Gesetzes beantwortet werden.

III. Grenzen

Die Grenzen der präventiven Mißbrauchsaufsicht ergeben sich zum einen aus den allgemeinen Anforderungen an kartellbehördliche Mißbrauchsuntersagungen, z.B. dem Verhältnismäßigkeits-

1 Siehe oben S.57.

2 Vgl. die Bedenken der Monopolkomm., Hauptgutachten II, S.224 sowie Büdenbender, a.a.O., S.116; Karsten Schmidt, a.a.O., S.584 und 589 (zur Problematik der Presseveröffentlichungen).

3 Insoweit übereinstimmend Büdenbender, a.a.O., S.117 und Karsten Schmidt, a.a.O., S.589f.

grundsatz oder dem Erfordernis, ein bestimmtes¹ Verhalten zu untersagen.

Zum anderen folgen die Grenzen aus den unten noch darzustellenden² Schwierigkeiten einer Verhaltensprognose. Da die Kartellbehörden nur in besonderen Ausnahmefällen³ über die zu einer gesicherten Verhaltensprognose erforderlichen Tatsachenkenntnisse verfügen dürften, ist das rechtlich mögliche Vorgehen im Wege der präventiven Mißbrauchsaufsicht faktisch - wie auch Seltenheit der entschiedenen Fälle zeigt - sehr stark eingeschränkt.

H. PROGNOSEENTSCHEIDUNGEN NACH ART.85 EWGV

I. Art.85 I EWGV

Anhaltspunkte für eine Prognose finden sich in Art.85 I EWGV zweifach: Zum einen müssen die in diesem Artikel aufgeführten Handlungen der Unternehmen eine Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, zum anderen müssen sie geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

1. Bezwecken und bewirken

Die Interpretation des Merkmals "bezwecken oder bewirken" in Art.85 I EWGV ist weitgehend deckungsgleich mit der Auffassung, welche die Folgetheorie zu § 1 GWB entwickelt hat⁴.

1 Hierzu Karsten Schmidt, a.a.O., S.584.

2 Siehe unten S.86f.

3 In dieser Hinsicht bestand im "Automobilhersteller-Fall" eine Sondersituation, vgl. Markert, Mißbrauchsaufsicht, S.36.

4 Sandrock, Grundbegriffe, S.246; Emmerich, EuR 1971, S.314ff.; ders., Kartellrecht, S.326; Gleiss-Hirsch, Art.85 Rdn.45ff.; Thiesing, Art.85 Rdn.54ff.; Rinck, Rdn.825.

Die zu Art.85 I EWGV herrschende Ansicht, daß es ausreicht, wenn die wettbewerbsbeschränkende Wirkung adäquat-kausal durch die Maßnahme hervorgerufen wird¹, kommt inhaltlich der nach der eingeschränkten Folgetheorie erforderlichen Vorhersehbarkeitsprüfung nahe. Einhellig wird dabei - im Gegensatz zu dem breiten Meinungsspektrum, welches die verschiedenen Spielarten der eingeschränkten Folgetheorie zu § 1 GWB hervorgebracht haben² - auf den Standpunkt eines objektiven Beobachters abgestellt. Dagegen werden Elemente der subjektiven, den Unternehmen möglichen Vorhersehbarkeit nicht berücksichtigt und Bedenken aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit insoweit hintangestellt³.

Ausdrücklich hat die Kommission klargestellt, daß der Tatbestand des Art.85 I EWGV auch schon dann erfüllt sein kann, wenn die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen tatsächlich noch nicht vorliegen⁴. Mithin kann das Verbot des Art.85 I EWGV allein aufgrund einer Prognose eingreifen.

2. Eignung, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen

Auch eine Eignung, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, wird man, außer wenn bereits tatsächlich Beeinträchtigungen eingetreten sind, schon dann bejahen kön-

1 Deringer, Art.85 I Anm.32; Sandrock, a.a.O.; ähnlich Gleiss-Hirsch, Art.85 I Rdn.45.

2 Dazu vgl. oben S.10.

3 So insbesondere der Schlußantrag des Generalanwaltes Roemer, Rsp. GH XIII, S.565. Roemer meint, Vorhersehbarkeitsprobleme seien allenfalls gering, da die Unternehmen Marktforschung betreiben und somit Kenntnis aller maßgebenden Umstände hätten.

4 Kommission, ABl. 1974, L 237/12,14 ("Advocaat Zwarte Kip").

nen, wenn für deren Eintreten konkrete Tatsachen sprechen¹. Die Beeinträchtigung eines so komplexen Gebildes wie des zwischenstaatlichen Handels erfolgt in der Regel² nicht von heute auf morgen. Vielmehr ist sie das Ergebnis eines länger dauernden, von dem Ineinandergreifen mannigfacher Bedingungen abhängigen Prozesses. Die "Eignung" des Unternehmensverhaltens, die Beeinträchtigung hervorzurufen, kann man daher nur dann zuverlässig beurteilen, wenn man zukünftige Wirkungen zumindest in mittelfristiger Sicht in die Betrachtung einbezieht.

Hier findet sich - auf den europäischen Rahmen übertragen - dieselbe Problematik, welche bereits oben³ bei der "Eignung zur Marktbeeinflussung" des § 1 GWB erörtert wurde.

Bemerkenswert ist hier wie dort, daß die Praxis mögliche Zukunftswirkungen zumeist zusammen mit dem Intensitätsmerkmal der "Spürbarkeit" der Beeinträchtigung prüft. Durch diese Vermischung zeitlicher und quantitativer Merkmale wird zuweilen der Blick dafür, daß eine zukunftsbezogene Betrachtung ausreicht, verstellt. Um dem vorzubeugen, ist eine klare argumentative Trennung bei der Behandlung der Tatbestandsmerkmale "Eignung" und "Beeinträchtigung" angebracht.

II. Art. 85 III EWGV

1. Voraussetzungen der Freistellung

Art.85 III EWGV ermöglicht die Freistellung bestimmter Wettbewerbsbeschränkungen vom Verbot des Art.85 I EWGV, wenn diese "unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung

1 Mestmäcker, S.235; Deringer, Art.85 EWGV Rdn.40; Emmerich, Kartellrecht, S.316.

2 Es gibt allerdings auch sehr schlagartige Beeinträchtigungen, z.B. Importverbote.

3 S.19f.

oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen". Diese Normziele der Freistellungsregelung sind sämtlich von längerfristiger Art. Eine Prognoseentscheidung darüber, ob diese mit der Wettbewerbsbeschränkung gefördert werden können, ist daher erforderlich¹. Interessant ist dabei, daß es - ähnlich wie bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in § 5 II GWB - nicht nur auf die Marktentwicklung, sondern auch auf außerwettbewerbliche Umstände², wie z.B. den technischen Fortschritt ankommt.

Mit den prognostizierten Wirkungen muß die hypothetische Entwicklung des Wettbewerbs, wie sie ohne Wettbewerbsbeschränkung zu erwarten ist, verglichen werden, da andernfalls das Vorliegen einer "Verbesserung" nicht geprüft werden kann³. Art.85 III EWGV erfordert mithin - ebenso wie § 24 I 2.Halbs. GWB - ein "doppeltes Wahrscheinlichkeitsurteil"⁴.

2. Möglichkeit der Korrektur der Prognosen bei befristeter Freistellung

Eine besondere, anderen Prognoseentscheidungen des Kartellrechts fremde Möglichkeit, die Prognose nachträglich zu überprüfen, wird durch die Möglichkeit einer befristeten Freistellung eröffnet. Und zwar dann, wenn nach Ablauf einer ersten Freistellung erneut ein Freistellungsantrag gestellt wird⁵. Sind die im ersten Freistellungsverfahren prognostizierten Wirkungen tatsächlich eingetreten, spricht viel dafür, daß auch ein zweiter

1 Mestmäcker, S.313; Gleiss-Hirsch, Art.85 III EWGV, Rdn. 476; Kommission, ABl. 1972 L 303/24,26 ("Cimbel").

2 Vgl. dazu Gleiss-Hirsch, a.a.O., Rdn.482.

3 Mestmäcker, S.313.

4 Mestmäcker, a.a.O., S.315.

5 Gleiss-Hirsch, Art.85 III EWGV Rdn.476; Kommission, ABl. 1974 L 19/18,20 ("Schiffsfarben II"); ABl. 1978 L 61/17, 19-21 ("Jaz-Peter II").

Freistellungsantrag gerechtfertigt ist. Hat sich hingegen die erste Prognose als irrig erwiesen, so ist ein zweiter Freistellungsantrag, der in dieselbe Richtung wie der erste zielt, zu verwerfen, es sei denn, die Unternehmen bringen neue prognosebegründende Tatsachen vor, oder die Rahmenbedingungen hätten sich entscheidend geändert¹.

3. Ausschluß der Freistellung

Eine Freistellung kommt nach Art.85 III lit.b EWGV nicht in Betracht, wenn den beteiligten Unternehmen "Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten". Diese negative Voraussetzung soll verhindern, daß Freistellungen, auch wenn sie ansonsten durchaus positive Wirkungen haben, den Unternehmen zu einer übermäßigen Marktmacht verhelfen². Entscheidend ist dabei nicht, daß die Unternehmen diese Macht und damit die Unabhängigkeit vom Wettbewerb tatsächlich erreichen; vielmehr ist die bloße Möglichkeit ausreichend. Der Begriff Möglichkeit wird hier in der französischsprachigen Fassung - im Gegensatz etwa zu Art.65 § 2 EGKSV, wo es "pouvoir" heißt - mit dem deutlich schwächeren Wort "possibilité" umschrieben.

Dennoch reicht nicht jede entfernte theoretische Möglichkeit aus. Eine solche wäre fast immer denkbar. Vielmehr muß der Vertrag objektiv geeignet sein, den Wettbewerb auszuschalten, wobei eine gewisse Wahrscheinlichkeit erforderlich ist³.

Auch hier wird somit eine Prognose verlangt.

1 Ebenso Gleiss-Hirsch, a.a.O., allerdings ohne die Möglichkeit neuer Tatsachen bzw. geänderter Rahmenbedingungen zu berücksichtigen.

2 Deringer, Art.85 III Rdn.47.

3 Deringer, a.a.O., Rdn.51; Gleiss-Hirsch, a.a.O., Rdn.520ff.; Kommission, ABl. 1975 L 29/20,24 ("Rank/SOPELEM").

J. PROGNOSEENTSCHEIDUNGEN NACH ART.86 EWGV

Schließlich ist der Rechtsanwender auch bei der Anwendung des Mißbrauchsverbots nach Art.86 EWGV nicht von der Notwendigkeit entbunden, eine Prognoseentscheidung vorzunehmen.

Die mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung ist nämlich nach dieser Bestimmung nur verboten, "soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen". Obwohl die Formulierungen unterschiedlich sind¹, entspricht dieses Tatbestandsmerkmal der Sache nach dem Kriterium der Eignung in Art.85 I EWGV², was sich schon daran ablesen läßt, daß beide Artikel in der französischen und niederländischen Fassung insoweit gleichlauten. Es wird daher auf die Ausführungen oben unter H I 2 verwiesen.

Besondere Bedeutung hat die sonach vorzunehmende Prognose, wenn Unternehmenszusammenschlüsse nach Art.86 EWGV beurteilt werden³. Erforderlich ist eine Analyse der Wirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb, eine Aufgabe, die sich auch bei der Zusammenschlußkontrolle deutschen Rechts nach § 24 I GWB stellt und deren außerordentliche Schwierigkeit wir bereits kennengelernt haben.

-
- 1 Art.85 I: "zu beeinträchtigen geeignet sind"
Art.86: "soweit dies dazu führen kann, ... zu beeinträchtigen".
 - 2 Gleiss-Hirsch Art.86 Rdn.120; Deringer Art.86 Rdn.52, andeutungsweise der EuGH, Slg.1973, 215,245 ("Continental Can"); auch die Zweifel Sandrocks, Grundbegriffe, S.390 beziehen sich nur darauf, ob Art.86 - wie Art.85 I - ein quantitatives oder qualitatives Minimum voraussetzt. Die Frage nach der Prognose bleibt davon unberührt.
 - 3 Was nach der Continental-Can-Entscheidung des EuGH, a.a.O., überwiegend für zulässig erachtet wird. Vgl. Gleiss-Hirsch, a.a.O., Rdn.103ff. m.w.Nachw.; a.A. Hefermehl, Festschrift für Nipperdey II, S.789ff.; Joliet, EuR 1973, S.97ff.

K. PROGNOSE ALS VORAUSSETZUNG FÜR DIE ERMITTLUNG DES POTENTIELLEN WETTBEWERBS

I. Die Bedeutung des potentiellen Wettbewerbs

Es gehört zum wirtschaftstheoretischen Allgemeingut, daß der Wettbewerb nicht nur von den schon aktiv auf einem Markt befindlichen Wettbewerbern, sondern auch von der sogenannten potentiellen Konkurrenz geprägt wird¹.

Daß diese Erkenntnis im Wettbewerbsrecht berücksichtigt werden muß, fand schon früh Eingang in die Entscheidungen der US-amerikanischen Antitrust-Rechtsprechung und stellt dort seit Jahren einen der zentralen Diskussionspunkte dar².

Die Analyse des Phänomens "potentieller Wettbewerb" wurde in diesen Entscheidungen ständig verfeinert. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Zusammenschlußkontrolle nach Sec.7 Clayton Act, anläßlich derer ausdifferenzierte Theorien, die sog. "perceived-potential entrant"-Theorie und die "actual-

1 Vgl. Eucken, S.106ff.; Machlup, Seller's Competition, S.102ff.; ders., HdSW, Bd.12 (1965), S.42ff.; Erich Schneider, Wirtschaftstheorie II, S.76; von Stackelberg, S.253f.; Krelle, Preistheorie I, S.18f.; Gutowski, Die Aussprache 1970, S.110ff.; Rahl, 12 A.B.A. Antitrust Section (1958), S.129ff.

2 Vgl. vor allem U.S. v. El Paso Natural Gas Co., 376 U.S. 651 (660ff.), 12 L.ed. 2d 12 (19ff.); U.S. v. Penn-Olin Chemical Co., 378 U.S. 158 (173f.), 12 L. ed. 2d 775 (787); Federal Trade Commission v. Procter & Gamble Co., 386 U.S. 568 (577ff.), 18 L.ed. 2d 303 (310ff.); U.S. v. Marine Bancorporation, 418 U.S. 602 (623ff.), 41 L.ed. 2d 978 (997f.). Bezeichnend für den hohen Stellenwert des potentiellen Wettbewerbs in der amerikanischen Entscheidungspraxis die von O'Brien, 12 A.B.A. Antitrust Section, S.105 schon im Jahre 1958 getroffene Feststellung: "An effort here to give a comprehensive analysis and treatment of the myriad ways in which this elusive subject has found expression in the Sherman Act cases would overrun the pages of the journal and ill become the writer and the occasion." Vgl. im übrigen Fox, 42 Antitrust Law Journal (1973), S.573ff.; Turner, 78 Harv.L.Rev. (1965), S.1362ff.; Brodley, 87 Yale Law Journal (1977/78), S.1ff.; Gerber, WuW 1981, S.341ff.; Sandrock, Gutachten, S.119ff.

potential-entrant"-Theorie, geschaffen worden sind¹.

Im deutschen und europäischen² Kartellrecht wurde die Bedeutung des potentiellen Wettbewerbs von Wissenschaft³ und Entscheidungspraxis⁴ ebenfalls frühzeitig erkannt. Auch die Monopolkommission hat sich in ihrem III. Hauptgutachten 1978/79⁵ eingehend mit Problemen des potentiellen Wettbewerbs befaßt.

Dabei muß die Berücksichtigung des potentiellen Wettbewerbs durchgängig in allen Normen des GWB stattfinden, in denen es überhaupt auf die Bedeutung des Wettbewerbs ankommt, also im gesamten materiellen Kartellrecht. Das Phänomen "potentieller Wettbewerb" ist demnach von eminenter Wichtigkeit.

1 Die perceived-potential-entrant-Theorie untersucht, inwieweit das Unternehmen, welches sich im Wege einer Fusion auf einen neuen Markt begibt, vorher einen wettbewerbsfördernden Einfluß als potentieller Wettbewerber gehabt hat, welcher aufgrund des Zusammenschlusses wegfällt.
Vgl. Sandrock, Gutachten, S.119 m. zahlreichen Nachweisen; Möschel, RabelsZ 1980, S.229ff., Monopolkomm., III. Hauptgutachten 1978/79, S.168ff.

Demgegenüber vergleicht die actual-potential-entrant Theorie die Wettbewerbslage nach dem Zusammenschluß mit der hypothetischen Wettbewerbslage, welche sich dann ergeben hätte, wenn das integrierende Unternehmen im Wege des internen Wachstums auf den Markt gegangen wäre (de novo entry) bzw. sich durch Übernahme eines nur kleinen und unbedeutenden Wettbewerbers Marktzutritt verschafft hätte ("toehold" -, "foothold"-Theorie). Vgl. Sandrock, a.a.O., S.121 m.w.Nachw.; Möschel, a.a.O., S.217ff.

2 Zum europäischen Kartellrecht vgl. Gleiss-Hirsch, Art.85 I EWGV Rdn.32ff. m.w.Nachw.

3 Vgl. Sandrock, Grundbegriffe, S.95ff.; Gutowski, a.a.O.; Mestmäcker in Immenga-Mestmäcker, § 24 GWB Rdn.71; Müller=Henneberg in GK § 1 GWB Rdn.60; Kleinmann-Rechtold § 22 Rdn.64ff.; Emrich, S.118; Markert, Festschrift für Günther, S.407ff.; Böhlk-Schöppe, DB 1978, S.1113; Freitag, WuW 1971, S.294ff.; Ramrath, S.58; Schultz, WuW 1981, S.102.

4 Vgl. nur BGH, WuW/E BGH 1458, 1460 ("Fertigbeton") zu § 1 GWB und BGHZ 71, 102ff. ("Sachs-GKN") sowie BKartA, Presseinformation 2/80 vom 4.3.1980, WuW 1980, 411ff. ("Pilkington/Flachglas") zu § 24 I GWB.

5 Monopolkomm., a.a.O.

II. Die Ermittlung des potentiellen Wettbewerbs - das Prognoseerfordernis

Wie läßt sich nun ermitteln, ob und wie weit ein Markt von potentieller Konkurrenz beeinflußt wird? Maßgebend für den Grad der potentiellen Konkurrenz ist nach einhelliger Auffassung die Wahrscheinlichkeit, mit der ein Auftreten neuer Konkurrenten auf dem Markt zu erwarten ist¹. Je nachdem, wie hoch man diese Wahrscheinlichkeit ansetzt, spricht man auch von "offenen" oder "geschlossenen" Märkten². Wesentlich für die Feststellung der Auswirkungen der potentiellen Konkurrenz ist demnach eine Vorhersage³ über das Verhalten der potentiellen Wettbewerber, nämlich darüber, ob diese tatsächlich in den Markt eindringen werden.

1. Die Gewinnhöhe als Gradmesser für die Eintrittswahrscheinlichkeit von newcomers

Eines der grundlegenden Elemente der Vorhersage ist dabei die Gewinnhöhe auf dem untersuchten Markt. Ist diese sehr hoch, nimmt man an, daß außenstehende Unternehmen (die potentiellen Konkurrenten) angelockt werden. Diese Erwartung basiert darauf, daß es für die an Gewinnmaximierung interessierten Unternehmen vorteilhaft ist, an den überdurchschnitt-

1 Machlup, Sellers' Competition, S.103; Krelle, a.a.O., S.18.

2 Diese Terminologie geht auf Eucken, a.a.O., S.91ff. zurück. Demgegenüber hat sich die Wortschöpfung Machlup's, der die Wahrscheinlichkeit des Auftretens neuer Wettbewerber als "Pleipol" bezeichnet, in der wettbewerbspolitischen Diskussion weniger durchgesetzt.

3 Auf das prognostische Element weist insbesondere Machlup, Sellers' Competition, S.107, hin. "A statement about the existence of pliopoly in an industry is really a forecast to the effect that any higher profit margins which may arise would soon disappear because the emerge of new firms in the industry. Forecasts are usually based in the observation of certain things or circumstances which are considered the necessary and sufficient condition for the predicted events." (Hervorhebung von Machlup).

lichen Gewinnchancen eines Marktes zu partizipieren. Eine Annahme, die, geht man vom Unternehmer als "homo oeconomicus" aus, sicherlich zutrifft. Entsprechend dieser Erwartung werden die bereits auf dem Markt tätigen Unternehmer dafür Sorge zu tragen haben, daß eine optimale Gewinnhöhe erreicht wird, ohne daß die unerwünschten neuen Konkurrenten angelockt werden. Preiswettbewerb besteht daher nicht nur mit den aktuellen, sondern auch mit den potentiellen Konkurrenten.

2. Andere Faktoren und Marktzutrittsschranken

Aber auch andere Faktoren als die Gewinnhöhe spielen bei der Beurteilung des Intensitätsgrades der potentiellen Konkurrenz, d.h. der Frage der Wahrscheinlichkeit eines Marktzutritts durch newcomer, eine Rolle. Machlup¹ hat eine Reihe von Voraussetzungen aufgestellt:

- (1) Die außergewöhnlichen Gewinnchancen auf dem untersuchten Markt bleiben nicht geheim, sondern werden publik.
- (2) Es gibt Unternehmer, die "genügend wach, vielseitig und wagemutig" sind.
- (3) Die newcomer können das erforderliche Kapital auftreiben.
- (4) Sie haben Zugang zu technischem know-how bzw. Personal.
- (5) Auf dem zu erobernden Markt besteht kein Patentschutz.
- (6) Die newcomer können alle für den Erzeugungsprozeß erforderlichen Rohstoffe, Zwischenprodukte, Maschinen und Arbeitskräfte zu gleichen Preisen wie die bereits aktiven Firmen bekommen.
- (7) Die optimale Betriebsgröße auf dem Markt darf nicht zu groß sein. Außerdem darf die Erhöhung des Gesamtangebotes infolge des Marktzutrittes der neuen Firma keinen Preissturz auslösen.

1 Machlup, HdSW (1965), Bd.12, S.42.

- (8) In dem betreffenden Industriezweig dominieren keine marktbeherrschenden Unternehmen, die "jeden Eindringling mit ruinöser Konkurrenz oder gar Gewalttätigkeiten bedrohen".
- (9) Es bestehen keine staatlichen Marktzutrittsschranken wie z.B. Lizenzzwang, Befähigungsnachweise oder die Notwendigkeit von Investitionsbewilligungen.

Wenn all diese Voraussetzungen vorliegen, hält Machlup die Prognose für gerechtfertigt, daß die bislang nur potentiellen Konkurrenten versuchen werden, sich Marktzutritt zu verschaffen.

Die Voraussetzung 3-9 könnte man, negativ gewendet, auch als Marktzutrittsschranken¹ bezeichnen. Je nach Höhe dieser Marktzutrittschancen kristallisiert sich nach Bain², einem der Begründer der Industrial Organization-Lehre, ein maximaler eintrittsverhindernder Preis heraus (maximum entry-forestalling price), den die auf dem Markt tätigen Unternehmen verlangen können, ohne mit einem Marktzutritt dritter Unternehmen rechnen zu müssen. Ist dieser Preis niedrig, herrscht intensiver, ist er hoch, geringer potentieller Wettbewerb.

3. Die Unsicherheit der Vorhersage

Die vorstehend referierten Erkenntnisse der Nationalökonomie hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit des Auftretens potentieller Wettbewerber machen deutlich, daß eine Vielzahl von konditionierenden Faktoren maßgeblich sind, von denen einige, so z.B.

-
- 1 Grundlegend dazu Bain, Barriers to New Competition; ders., Industrial Organisation, S.255ff. Bain unterteilt die Marktzutrittschancen in Betriebsgrößenvorteile, Produktdifferenzierungen und absolute Kostenvorteile; vgl. dazu auch Freitag, WuW 1971, S.299ff.
- 2 Bain, Industrial Organisation, S.253; dazu neuestens Brodley, 87 Yale Law Journal (1977), S.28; kritisch zum Konzept des maximalen eintrittsverhindernden Preises Gutowski, WuW 1971, S.819ff.

die Gewinnhöhe und das erwartete Konkurrentenverhalten durchaus subjektiven Wertungen unterworfen sind. Problematisch ist auch die Gewichtung der - in ihrer Bedeutung u.U. unterschiedlichen - Marktzutrittsschranken. Die exakte Messung des Intensitätsgrades der potentiellen Konkurrenz ist daher ein äußerst schwieriges Unterfangen¹.

Hinzu kommt, daß die Prognose des Markteintritts eines new-comer-Unternehmens eine konkrete Verhaltensprognose darstellt. Derartige Prognosen sind aber, wie unten noch zu zeigen sein wird², mit besonderen Problemen verbunden. Selbst wenn man unterstellt, daß der außenstehende Unternehmer dem Idealtypus des "homo oeconomicus" angehört, läßt sich in Grenzfällen eine hundertprozentig sichere Vorhersage über das konkrete Verhalten im Hinblick auf einen Marktzutritt doch nicht treffen. Dies gilt insbesondere deshalb, weil weder beim newcomer noch bei dem bereits aktuell tätigen Unternehmen die vollkommene Kenntnis aller Umstände vorausgesetzt werden kann. Im übrigen hängt selbst bei umfassender Kenntnis aller Fakten die Frage des Marktzutritts ihrerseits von Prognosen ab. Sollten z.B. die Gewinnhöhen auf zwei Märkten, auf denen der newcomer die Wahl hat einzutreten, ebenso identisch sein wie die Marktzutrittschranken, so wird der Unternehmer seine Entscheidung davon abhängig machen, wie er die weitere Entwicklung des betreffenden Industriezweiges einschätzt. Selbst wenn er sich dabei beispielsweise die Erkenntnisse der sog. Marktphasenlehre³ zunutze machen kann, hat er jedoch in erster Linie eine originär unternehmerische Entscheidung, welche sich innerhalb einer gewissen Beurteilungsbandbreite bewegt, zu treffen. Vertretbare Prognosen über den Intensitätsgrad des potentiellen Wettbewerbs werden also durchaus unterschiedlich ausfallen können.

1 Vgl. auch die Darstellung der US-amerikanischen Erfahrungen bei Kirchner, ZHR 144 (1980), S.575f.

2 Siehe unten S.86ff.

3 Welche die Märkte zeitlich unterteilt in Experimentier-, Expansions-, Ausreifungs- und Stagnationsphase; vgl. grundlegend Heuß, Markttheorie, S.25 u. passim.

III. Der Standort des Prognoseerstellers

Fraglich ist, aus welcher Sicht der Rechtsanwender die Prognose vorzunehmen hat.

Muß er von einer objektiven Warte ausgehen, oder hat er die Sicht der am Markt tätigen Unternehmen zu berücksichtigen?

1. Machlup¹ will das Wahrscheinlichkeitsurteil grundsätzlich vom Standpunkt des objektiven beobachtenden Volkswirtes aus treffen.
2. Demgegenüber stellt Gutowski² auf die subjektive Wahrscheinlichkeit ab, mit der ein auf dem Markt tätiges Unternehmen das Auftreten neuer Konkurrenten einschätzt³. Gutowski weist darauf hin, daß Volkswirte und Unternehmer durchaus unterschiedliche Auffassungen über den Grad potentieller Konkurrenz haben können. Insbesondere ließe sich die Risikoneigung der potentiellen Konkurrenten, welche Voraussetzung dafür ist, daß diese mit dem Markteintritt ernst machen, nur subjektiv bestimmen⁴. Auch die Rechtsprechung stellt entscheidend auf die Sicht der Unternehmen ab. So heißt es im Sachs/GKN-Beschluß des BGH⁵:

1 Machlup, Sellers' Competition, S.103; für einen objektiven Maßstab auch Freitag, a.a.O., S.305; sowie Brodley, 87 Yale Law Journal (1977/78), S.15f. (insbesondere S.16 Fußn. 65).

2 Gutowski, a.a.O., S.110ff.; ebenso Krelle, S.18.

3 Die Maßgeblichkeit der subjektiven Wirtschaftspläne für die Beurteilung von Marktformen stellte zunächst Eucken. a.a.O., S.96f. heraus; vgl. zu dieser Problematik auch Ingo Schmidt, WuW 1964, S.129ff. ("subjektives Konkurrenzbewußtsein"); auch wird grundsätzlich namentlich von Hahn, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen, 1952, S.341f., die These verfochten, daß Praktiker schon deshalb die besseren Propheten seien, weil sie Mißerfolge zu verantworten hätten, während die Irrtümer der Theoretiker "nicht einmal deren Ansehen" minderten.

4 Gutowski, a.a.O., S.112.

5 BGHZ 71, 102ff.

"Die maßgebende Wirkung des Zusammenschlusses liegt unter diesen Umständen in seinem unmittelbaren Einfluß auf die Vorstellung der aktuellen und potentiellen Wettbewerber über das mutmaßliche weitere Marktverhalten des erworbenen Unternehmens."¹

Soweit der subjektive Ansatz verfolgt wird, ist im übrigen - weil es auf die Wirkungen auf dem "Zielmarkt" ankommt - nicht auf die Vorstellungen der potentiellen, sondern auf die der aktuellen Wettbewerber abzustellen².

3. Gegen die Forderung einer objektiven Prognose läßt sich einwenden, daß es die Unternehmen und nicht die beobachtenden Volkswirte sind, welche am Wettbewerb teilnehmen. Dementsprechend sind es die Unternehmen, die ihre Wettbewerbsstrategie entsprechend ihrer ureigenen Einschätzung der potentiellen Konkurrenz wählen. Der positive Effekt, den die Existenz potentieller Wettbewerber auf einem Markt hervorruft, kann nur dann zum Tragen kommen, wenn den aktuellen Konkurrenten die Möglichkeit des Marktzutritts von newcomers überhaupt bewußt ist.

Dies sei anhand eines Beispiels verdeutlicht: Man nehme an, es existiere ein Markt, auf dem wegen der tatsächlichen Gegebenheiten wie hohes Gewinnniveau, keine Marktzutrittsschranken etc. die Wahrscheinlichkeit des Marktzutritts außenstehender Unternehmen besteht. Die bereits auf dem Markt tätigen Unternehmen würden dies aber mangels hinreichender volkswirtschaftlicher Kenntnisse nicht erkennen³. In diesem Falle läge ein potentieller Wettbewerb mit seinem heilsamen Einfluß auf die aktuellen Marktverhältnisse nicht vor. Die Marktteilnehmer

1 Unter Berufung auf das Hauptgutachten 1 der Monopolkomm., Tz.951.

2 Besonders deutlich hier wiederum die Rechtsprechung des US-Supreme Court; vgl. U.S. v. Falstaff Brewing Co., 410 U.S. 532ff.; 35 Le. ed. 2d, 481f.

3 Ein in dieser Überspitzung zugegebenermaßen etwas realitätsfernes Beispiel.

würden sich weiter an ihren hohen Gewinnen erfreuen, bis die Außenstehenden tatsächlich in den Markt eintreten und unvermittelt akuten Wettbewerbsdruck ausüben. Bei dieser Fallgestaltung hätte es ein Stadium potentiellen Wettbewerbs, der ja definitionsgemäß Einfluß auf den aktuellen Markt voraussetzt, nie gegeben. Dennoch würde ein "objektiver, beobachtender" Volkswirt vermutlich aufgrund der Marktdaten zu dem Schluß kommen, es liege höchst intensiver potentieller Wettbewerb vor.

Der objektive Standpunkt erscheint demnach nicht als geeignet, den Grad der real existierenden potentiellen Konkurrenz zutreffend widerzuspiegeln.

Andererseits hat auch der rein subjektive Ansatz Schwächen. So läßt sich einwenden, daß er in letzter Konsequenz das Eingreifen wettbewerbsrechtlicher Folgen von den subjektiven Fähigkeiten der Unternehmen abhängig macht, die Möglichkeit des Marktzutritts richtig zu sehen. Schwer nachprüfbar behauptungen der Unternehmen, mangels subjektiver Vorhersehbarkeit habe kein potentieller Wettbewerb bestanden, würde bei dieser Betrachtungsweise Tür und Tor geöffnet, zumal die als Zeugen in Betracht kommenden Manager der Konkurrenzunternehmen u.U. ein erhebliches Eigeninteresse am Ausgang des Verfahrens haben¹.

Bei einer an objektiven Marktstrukturdaten ausgerichteten Betrachtungsweise stellen sich derartige Probleme nicht. Daß die objektive Betrachtung auch zumeist nicht zu falschen Ergebnissen führen wird, zeigt schon die Irrealität des oben auf S.61 aufgeführten Beispiels. Märkte, auf denen nur Unternehmen tätig sind, deren Hauptwesensmerkmal wirtschaftswissenschaftliche Ignoranz ist, wird man in der Volkswirtschaft eines der Industriestaaten des 20. Jahrhunderts lange suchen müssen. Genauso wie die Unternehmen ihren Markt kennen, vermögen sie

1 Brodley, a.a.O., S.15; grundsätzliche Bedenken gegen das Kriterium der subjektiven Geschäftsplanung als Grundlage kartellrechtlicher Entscheidungen auch bei Sandrock, Der Volkswirt, Nr.28/1970, S.43.

in der Regel auch zutreffend abzuschätzen, ob ihnen Gefahr durch die Konkurrenz von potentiellen Wettbewerbern droht.

Das Wahrscheinlichkeitsurteil über den Marktzutritt ist daher mit Markert¹ von einem vermittelnden Standpunkt aus vorzunehmen.

Danach ist grundsätzlich von der Sicht der Wettbewerber auszugehen. Diese ist aber zu objektivieren²: entscheidend ist, welche Schlüsse ein Unternehmer in Kenntnis der wesentlichen Marktdaten vernünftigerweise ziehen kann. Dieses die Objektivierung herbeiführende Merkmal der Vernunft beinhaltet, daß grundlegende volkswirtschaftliche Kenntnisse und entsprechende Daten nicht ignoriert werden dürfen.

L. ERGEBNIS

Die vorstehende Zusammenstellung zeigt, daß Prognoseentscheidungen in den unterschiedlichsten Bereichen des Kartellrechts erforderlich sind. Sie erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern sollte anhand besonders bedeutsamer Prognoseentscheidungen exemplarisch zeigen, welch breiten Anwendungsbereich Prognosen im Rahmen des Kartellrechts haben. Die tatbestandlichen Formulierungen vieler GWB-Normen und der Schutzzweck dieses Gesetzes, welches Gefahren für den Wettbewerb abwehren will, legen es nahe, daß auch zahlreiche weitere Kartellrechts-Entscheidungen, welche oben nicht abgehandelt worden sind, auf Prognosen gestützt werden können (z.B. §§ 2,3,4,6,15ff. GWB). Ob dies der Fall ist, wäre vom Rechtsanwender jeweils im Einzelfall zu prüfen. Eine umfassende Aufzählung würde den Rahmen und das Thema dieser Untersuchung sprengen.

1 Markert, Festschrift für Günther, S.418.

2 Markert, a.a.O.; ebenso die Monopolkomm., III.Hauptgutachten 1978/79, Tz.614, im Hinblick auf die perceived potential entrant theory des US-amerikanischen Rechts.

ZWEITER TEIL

DIE PROGNOSEERSTELLUNG UND IHRE GRENZEN

A. SYSTEMATISCHE ANALYSE DER PROGNOSEGEGENSTÄNDE

Die bisherige Untersuchung, die gleichsam zu einer "tour d'horizon" des Kartellrechts wurde, hat einen breiten Anwendungsbereich für die Vornahme kartellrechtlicher Prognosen ergeben.

Hauptpunkte der Prognose waren dabei die zukünftige Existenz oder Nichtexistenz von Wettbewerbsbeschränkungen (§ 1 GWB), die Entstehung marktbeherrschender Stellungen (§ 24 I GWB), die Verbesserung von Wettbewerbsbedingungen (§ 24 I GWB), der Marktzutritt Außenstehender (potentielle Konkurrenz) sowie schließlich auch der Eintritt bestimmter außerwettbewerblicher Vorteile (§§ 8, 24 III GWB; Art.85 III EWGV).

Bringt man diese Prognosegegenstände auf einen gemeinsamen Nenner, so kristallisiert sich die Vorhersage zukünftiger Marktgegebenheiten - jeweils unter besonderer Betonung einzelner Elemente - als Hauptanwendungsfeld kartellrechtlicher Prognosen heraus. Diese Marktgegebenheiten lassen sich unterteilen in solche der Marktstruktur, des Marktverhaltens und der Marktergebnisse¹.

1. Marktstruktur

Unter dem Begriff "Marktstruktur" faßt man alle den Wettbewerb allgemein prägenden Faktoren² zusammen. Strukturelle Merkmale sind dabei nur solche, die von einiger Wesentlichkeit

1 Zu dieser Unterteilung grundlegend Bain, Industrial Organization, S.7-12; Kaysen-Turner, S.59; Ingo Schmidt, S.54ff.; inwieweit die Merkmale dieser drei Gruppen zueinander in Beziehung stehen und ob und wieweit diese Beziehungen der Erkenntnis zugänglich sind, ist umstritten. Vgl. unten S.67, 82ff. Grundlegende Bedeutung hat dieser Streit in der Auseinandersetzung um die Konzepte der "workable competition".

2 Vgl. Ingo Schmidt, S.54.

für die Beurteilung der Marktgegebenheiten sind. Es sind diejenigen Merkmale, die man benötigt, um anhand eines Musters ("pattern's") das Besondere des betreffenden Marktes zu erkennen.

Die Frage, welche Faktoren im einzelnen für die Erkennung der Marktstruktur bedeutend sind, wird im wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum unterschiedlich beurteilt. So nennt Bain¹ vier Hauptstrukturmerkmale, Kaysen und Turner² führen fünf Faktoren auf, und Ingo Schmidt³ hält deren sieben für bedeutsam.

Einigkeit besteht jedoch über die Tatsache, daß der Umfang der Merkmale im wesentlichen nur für die Vergleichbarkeit der Märkte und die Feinheit der Strukturmodelle von Bedeutung ist. Sachliche Unterschiede bestehen darüber hinaus kaum⁴. Allerdings wird die Abgrenzung zu den noch zu erörternden Marktverhaltenskriterien um so schwerer, je weiter man den Begriff der Marktstruktur faßt.

Aus Gründen eines umfassenden Überblicks werden nachfolgend die von Ingo Schmidt⁵ aufgeführten Merkmale aufgeführt. Es sind dies:

- " - Zahl der Anbieter und Nachfrager sowie ihre Marktanteile, die im Rahmen der relevanten Marktabgrenzung ermittelt werden;
- Grad der Produkthomogenität und Markttransparenz sowie Anpassungsgeschwindigkeit;
- Produktions- und Absatzflexibilität;

1 Bain, a.a.O., S.7.

2 Kaysen-Turner, a.a.O., S.71.

3 Ingo Schmidt, a.a.O., S.55.

4 So räumt z.B. auch Bain, a.a.O., S.9, ein, daß über die vier von ihm genannten Merkmale (Konzentrationsgrad auf der Anbieterseite, Konzentrationsgrad auf der Käuferseite, Grad der Produktdifferenzierung, Marktzutrittsbedingungen) hinaus weitere konditionierende Marktstrukturmerkmale bestehen.

5 Ingo Schmidt, a.a.O., S.55.

- konjunkturelle Lage und Grad der Kapazitätsauslastung;
- Marktphasen und Unternehmertypus;
- diversifizierte oder Einproduktunternehmen;
- personelle und finanzielle Verflechtungen."

II. Marktverhalten

Das im Rahmen der kartellrechtlichen Prognoseerstellung ebenfalls bedeutsame Marktverhalten ("market conduct") kann demgegenüber definiert werden als die Summe der von den Unternehmen getroffenen Einzelentscheidungen¹. Das Marktverhalten wird gekennzeichnet durch den Einsatz der den Unternehmen zur Verfügung stehenden Aktionsparameter². Hier wären in erster Linie zu nennen der Preis, die Beschaffenheit und Menge der angebotenen Güter sowie Art und Umfang der Werbemaßnahmen.

III. Marktergebnisse

Schließlich sind wesentliche Merkmale eines Marktes die Kriterien der sog. Marktergebnisse ("market performance"). In Anlehnung an Bain³ ist auf folgende Performance-Kriterien hinzuweisen:

- die relative technische Effizienz der Produktion;
- die Gewinnhöhe;
- den Output (Summe der Lieferungen und Leistungen);
- die Höhe der Werbekosten im Verhältnis zu den Produktionskosten;
- Qualität und Charakter der Produkte, Produktdifferenzierung;

1 Kaysen-Turner, a.a.O., S.59.

2 Vgl. Ingo Schmidt, a.a.O., S.55; Bain, a.a.O., S.302ff.

3 Bain, a.a.O., S.11.

- den Fortschritt in der Entwicklung von Produkten und Technologien.

Ausdrücklich wird eine Marktergebnisprognose im GWB z.B. in § 5 II S.1 GWB verlangt. Dort ist zu beurteilen, ob die Wettbewerbsbeschränkung zu einer "Verbesserung der Befriedigung des Bedarfs" führt.

IV. Interdependenzen

Wieweit zwischen den Merkmalen der Marktstruktur, des Marktverhaltens und der Marktergebnisse Zusammenhänge¹ bestehen, welcher Art diese Zusammenhänge sind und ob daraus Folgerungen für die Prognostizierbarkeit gezogen werden können, ist im folgenden² noch zu diskutieren.

V. Exogene Faktoren

Wenn Marktentwicklungen vorhergesagt werden sollen, ist weiter zu beachten, daß außer den vorgenannten, sozusagen innerhalb der Morphologie des Marktes liegenden Merkmalen auch außerhalb des Wettbewerbsgeschehens ablaufende Einflüsse auf den Markt einwirken können. Man kann diese Einflüsse als exogene Faktoren bezeichnen. In diese Kategorie fallen z.B. Regierungseingriffe, politische Krisen, Naturkatastrophen etc.

Fräglich ist, ob diese Einflüsse bei den Prognosen, die zum Zwecke der Kartellrechtsanwendung erstellt werden, ins Kalkül gezogen werden müssen.

1 Dies wird insbesondere von den Anhängern des Konzepts der "workable competition" vertreten, vgl. Clark, Toward a concept of workable competition, AER 1940 (Vol.30), S.241ff. und von den Kritikern dieses Konzepts zum Hauptpunkt ihrer Kritik gemacht, vgl. Hoppmann, JNSt 184, S.409; ders., Fusionskontrolle, S.20ff.; Emmerich, Kartellrecht, S.13f.

1. Grundsatz: Zurückhaltung bei der Berücksichtigung exogener Faktoren

Man wird dies, wenn überhaupt, nur mit erheblichen Einschränkungen bejahen können.

Zum einen sind diese Geschehnisse nur mit außerordentlichem Unsicherheitsfaktor vorherzusagen und einer einigermaßen gesicherten Prognose kaum zugänglich. Des weiteren ist die Zahl der möglichen exogenen Faktoren, von denen sich eine Beeinflussung des Wettbewerbs nicht ausschließen läßt, sehr groß.

Der Prognoseersteller, der eine kartellrechtliche Entscheidung trifft, ist wegen dieser Vielfältigkeit von Möglichkeiten gar nicht in der Lage, auch nur mit annähernder Vollständigkeit Änderungen der exogenen Bedingungen in seine Überlegungen einzubeziehen.

Im übrigen ergibt sich auch aus dem Zweck des Kartellgesetzes, daß exogene Faktoren nur in Ausnahmefällen zu berücksichtigen sind. Da das Wettbewerbsrecht den Wettbewerb vor Bedrohungen durch die Wettbewerbstreibenden selbst schützt, entspricht es seinem Schutzzweck, grundsätzlich nur Wirkungen zu berücksichtigen, welche sich kausal auf Handlungen der Wettbewerbsteilnehmer zurückführen lassen¹. Dieses Kausalitätserfordernis ergibt sich deutlich aus den einschlägigen Kartellrechtsvorschriften (z.B. § 1 GWB: "... geeignet, ... zu beeinflussen" oder § 24 GWB: durch den Zusammenschluß ..."). Die Folge ist, daß exogene Faktoren nur dann bei der Prognose zu beachten sind, wenn sie mit der inkriminierten Handlung des Marktteilnehmers in derselben Kausalkette stehen. Dies dürfte in der Praxis relativ selten der Fall sein.

1 Zu diesem Kausalitätserfordernis BGH, WuW/E BGH 1660 ("Zementmahanlage II"); Regierungsbegründung, BT-Drcks. VI/ 2520, S.29; Arbeitskreis Kartellrecht, S.14; Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 1 Rdn.25, § 24 Rdn.13; Mestmäcker in Immenga-Mestmäcker, § 24 Rdn.21; von Gamm, § 24 Rdn.10; G. Huber, WuW 1975, S.380.

2. Berücksichtigung kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung

In einigen Kartellrechtsvorschriften wird demgegenüber ausdrücklich verlangt, daß außerhalb des Wettbewerbs liegende Umstände auf die Wahrscheinlichkeit ihres Eintretens hin zu begutachten sind. Derartige Fälle sind z.B. § 8 I (Sondererlaubniskartell), § 24 III (Ministererlaubnis) GWB. Der Gesetzgeber hat in diesen Vorschriften bestimmten wettbewerbsheteronomen Zielen, die man allgemein mit dem Begriff "überwiegende Gründe des Allgemeinwohls"¹ umschreiben könnte, eine derartig hohe Wertigkeit beigemessen, daß demgegenüber die durch die Wettbewerbsbeschränkung entstehenden Nachteile als nicht ins Gewicht fallend hingenommen werden müssen.

Anders als die oben in 1. genannten exogenen Faktoren, die solche waren, welche sich auf die wettbewerbsbezogene Prognose (störend) auswirken können, sind die Gemeinwohlgründe kraft gesetzlicher Anordnung zum eigenständigen Prognosegegenstand erhoben werden.

VI. Sonstige Veränderungen

Neben den oben unter I.-III. angesprochenen Marktstruktur-, Marktverhaltens- und Marktergebniskriterien und den kaum vorhersehbaren exogenen Faktoren gibt es noch eine Reihe anderer, dazwischenliegender Einflußgrößen, welche sich auf die Prognose auswirken können. In Betracht kommen z.B. Konjunkturschwankungen, inflationäre und deflationäre Ereignisse, Geschmackswandlungen des kaufenden Publikums etc.

1 Dieser Begriff läßt sich, wie oben auf S.35f. dargelegt, nur schwer präzisieren. In der Vergangenheit waren z.B. die Volksgesundheit, WuW/E BMW 143 ("Zigaretten-Fernsehwerbung") oder auch die Sicherung der deutschen Mineralölversorgung, WuW/E BMW 148 ("Veba-Gelsenberg") von Bedeutung.

Im Gegensatz zu den unter V dargestellten "erratischen Störungen"¹ sind diese Ereignisse mehr alltäglicher Natur. Sie müssen von jedem Wirtschaftssubjekt bei der Planung berücksichtigt werden. Zwar sind in diesem Bereich - wie schon die täglichen Auseinandersetzungen um die richtige Konjunkturprognose beweisen - nur schwer gesicherte Vorhersagen zu erlangen; im Gegensatz zu den exogenen Faktoren sind aber wenigstens Wahrscheinlichkeitsurteile möglich, welche sich in überschaubaren Toleranzgrenzen bewegen. Die oben unter V. aufgezeigten Bedenken treffen daher hinsichtlich der hier diskutierten "Zwischenereignisse" nicht zu. Diese sind somit im Interesse einer realitätsnahen Vorhersage zu berücksichtigen.

B. ZUR MÖGLICHKEIT UND ERFORDERLICHKEIT VON WETTBEWERBSPROGNOSEN

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß der Gesetzgeber kartellrechtliche Prognoseentscheidungen in erheblichem Umfang verlangt.

I. Unmöglichkeitsthese

Es ist daher auf die vielfach vertretene² These einzugehen, Wettbewerbsprognosen seien etwas im Einzelfall Unmögliches.

1 So Morgenstern, S.114 zu den exogenen Faktoren.

2 Hoppmann, Fusionskontrolle, S.20ff., 53ff.; ders., JNSt 184 (1970), S.409ff.; ders., Abgrenzung, S.11ff.; Röhlk-Schöppe, DB 1977, S.2361ff., Carl, S.50ff., 63ff.; Emmerich, AG 1978, S.119; ders., Kartellrecht, S.13; Emrich, S.115; Hahn, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1952, 341f. und 444f.; Hintze, WuW 1970, S.579ff., ders., Festschrift für Hartmann, S.188; Hitzler, S.172; Möschel, Wettbewerb im Schnittfeld, S.338; Sander, S.248ff.; Schwartz, S.17; Seidenfus-Ewers, S.303, 316f. Demgegenüber werden auch einzelfallbezogene Verhaltensprognosen uneingeschränkt bejaht vom Frankfurter Komm., § 24 Rdn.44f.; differenzie-

Diese Auffassung, die den Kartellrechtsanwender in ein Dilemma zwischen "einerseits Prognosezwang und andererseits Prognoseunmöglichkeit"¹ stürzt, basiert auf wissenschafts- und wettbewerbstheoretischen Überlegungen². Ihre Grundlagen sind besonders deutlich von dem Nationalökonom F.A. von Hayek in seinen Schriften "Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren"³, "Die Verfassung der Freiheit"⁴ und "Die Theorie komplexer Phänomene"⁵ herausgearbeitet worden. Wie schon in den Titeln dieser Werke zum Ausdruck kommt, argumentiert von Hayek in der Hauptsache aus zwei Richtungen: zum einen stellt er auf die Komplexität des wirtschaftlichen Bedingungsgefüges⁶, zum anderen auf die Vorhersagen ausschließende Indeterminiertheit menschlichen Verhaltens⁷ ab. Auch seien Wettbewerbsprognosen systemwidrig: Der Wettbewerb habe den Charakter eines "Entdeckungsverfahrens"⁸, welches die Ergebnisse, die es zu prognostizieren gilt, selbst erst zu ermitteln habe.

1 So Böhlk-Schöppe, DB 1977, S.2361.

2 Vgl. die Kontroverse zwischen Hahn und Schneider, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1952, S.341f., 442f., 444f.

3 1968.

4 1971.

5 1972.

6 Zum Problem der Reduktion von Komplexität Weaver, ORDO XVIII (1967), S.163ff.; vgl. auch die Warnung von Lukes, S.597, der eine Justitiabilität bei Verwendung komplexer Tatbestandsvoraussetzungen nicht mehr gewährleistet sieht.

7 Siehe hierzu auch Hahn, a.a.O., S.342.

8 Über die Funktion des Wettbewerbs als "Entdeckungsverfahren" besteht heute in Wissenschaft und Praxis kein Streit mehr. Vgl. dazu die Feststellung des Präsidenten des BKartA, Kartte, HB vom 12.10.1981, S.3: "Die optimalen Produktionsstrukturen von Morgen lassen sich nicht planen. Wir brauchen dazu das Entdeckungsverfahren Wettbewerb. Darüber besteht, Gott sei dank, ein Grundkonsens zwischen Politikern, Wirtschaftsverbänden und Gewerkschaften." - Aus den zahlreichen Stimmen der Wissenschaft siehe die oben S. 84 in Fußn.2 genannten.

Die Begründung der Hayekschen Auffassung klingt überzeugend. Sie geht davon aus, daß Wettbewerb ein Entdeckungsverfahren zur dezentralen Koordination aller wirtschaftlichen Tätigkeit sei, welches auf die optimale bislang bekannte Weise die Ausnutzung der Kenntnisse und Fähigkeiten aller Marktteilnehmer ermögliche. Der Wettbewerbsmechanismus bewirke dabei die ständige "wechselseitige Anpassung der individuellen Pläne"¹. Der Vorteil dieses Interaktionssystems gegenüber eine zentralistischen Planwirtschaft liegt zum einen in der Zusammenfassung des Wissens der Gesamtheit der Marktteilnehmer, zum anderen in der Flexibilität, mit der Änderungen der Ausgangsdaten begegnet werden kann². Zugleich wird die Freiheit der Wirtschaftssubjekte umfassend gesichert.

Verbunden mit diesen System, in dem die Akteure ihre Einzelpläne "fortlaufend 'spontan'"³ aneinander anpassen, sei eine weitgehende Unvorhersehbarkeit. So ist es charakteristisch für das Entdeckungsverfahren Wettbewerb, daß es zu Ergebnissen führt, die die Beteiligten nicht vorhergesehen und zum Teil auch nicht gewollt haben. Ein Vorgang, den bereits Adam Smith zutreffend mit dem Bild der "invisible hand"⁴ beschrieb. Man könnte diesen Effekt auch als "indirekte Kontrolle"⁵ bezeichnen, oder als Selbstregulierungseffekt.

Schon dieser Effekt zeigt die besondere Problematik von Wettbewerbsprognosen auf, mit denen ein Ergebnis prognostiziert werden soll, was durch das Verfahren Wettbewerb erst hervorgebracht wird. Der Grund liegt neben der Indeterminiertheit

1 von Hayek, Entdeckungsverfahren, S.10; ebenso Hoppmann, Marktmacht und Wettbewerb, S.7f.

2 Vgl. Emmerich, Kartellrecht, S.14.

3 Hoppmann, Fusionskontrolle, S.62.

4 Adam Smith, Der Wohlstand der Nationen, S.371.

5 So Seidenfus-Ewers, S.309, die die Bezeichnung "invisible hand" deshalb für unglücklich halten, weil sie den Komplexitätsgrad des Verfahrens nicht hinreichend zum Ausdruck bringe.

der Einzelentscheidungen in der relativen Unvollkommenheit des Wissens der einzelnen Marktteilnehmer und Prognostiker. Niemandem - auch keiner staatlichen Instanz - steht das Maß an Daten, Kenntnissen, Erfahrungen und Fähigkeiten ex ante zur Verfügung, über welches die Summe der Marktteilnehmer ex post - koordiniert durch das Institut des Wettbewerbs - verfügt. Wäre dies doch der Fall, brauchte man das Entdeckungsverfahren Wettbewerb nicht mehr, sondern könnte - sieht man einmal von der freiheitssichernden Funktion des Wettbewerbs ab - die optimale Allokation der Ressourcen sowie die optimale Distribution der Güter effizienter durch einen staatlichen Plan gewährleisten. In der Praxis hat sich jedoch das marktwirtschaftliche Koordinationssystem allen planwirtschaftlichen Ordnungen wie auch den in manchen Staaten praktizierten Zwischenformen¹ als überlegen erwiesen².

Dieser Befund zeigt schon, daß staatliche Instanzen eben nicht über das Maß an Wissen verfügen, welches der durch das Entdeckungsverfahren Wettbewerb koordinierten Gesamtheit der Marktteilnehmer zur Verfügung steht.

Es spricht also in der Tat einiges dafür, daß das dem Prognostiker zugängliche Wissen nicht ausreicht, um sichere Vorhersagen zu treffen. Vor diesem Hintergrund muß es als widersprüchlich erscheinen, wenn das von einer weitgehenden Unvorhersehbarkeit ausgehende Entdeckungsverfahren Wettbewerb durch Normen wie die des GWB geschützt werden soll, welche tatbestand Prognosen enthalten. Ob und ggf. wie dieser Widerspruch gelöst werden kann, ist Gegenstand des folgenden Abschnittes dieser Untersuchung.

1 Vgl. z.B. zur französischen "planification" Hans K. Schneider, ZStW 120 (1964), S.329ff.

2 Dazu Emmerich, Kartellrecht, S.3f.; Mestmäcker, Die sichtbare Hand des Rechts, S.177f.

II. Mögliche Konsequenzen aus dem Widerspruch zwischen der Unmöglichkeit einer absolut genauen Einzelfallprognose einerseits und dem gesetzlich angeordneten Prognoseerfordernis andererseits

Welche Folgerungen ergeben sich daraus, daß diese Normen, wie oben im einzelnen dargelegt¹, Prognosen über Marktstruktur, Marktverhalten, Marktergebnisse verlangen, daß aber andererseits sichere Prognosen über individuelles Marktverhalten und Marktergebnisse nach dem derzeitigen Erkenntnisstand als ausgeschlossen zu erachten sind?

Liegt ein Dilemma vor² oder ist die bislang vorgenommene Absteckung der Prognosegegenstände im Hinblick darauf, daß der Gesetzgeber nichts Unmögliches verlangen kann, einzugrenzen? Diesen Fragen, den Konsequenzen aus der Unmöglichkeit, Wettbewerbsverhalten und -ergebnisse im einzelnen exakt vorherzusagen, soll im folgenden nachgegangen werden.

1. Abschaffung des Wettbewerbsrechts?

- a) Die These Milton Friedmans vom logischen Widerspruch zwischen freiem Wettbewerb und rechtlichen Regelungsbestrebungen

Die radikalste Folgerung aus der Unmöglichkeitsthese ist die Forderung nach einer weitgehenden Abschaffung des Wettbewerbsrechts³. Zu den Vertretern dieser Forderung ist vor allem Milton Friedman⁴ zu zählen. Entsprechende Ansätze finden sich aber auch bei den Vertretern der in den fünfziger Jahren von Aaron Director begründeten "Chicago School of Antitrust-Analy-

1 Siehe oben Teil 1 dieser Untersuchung.

2 So Böhlk-Schöppe, DB 1977, S.2631; Carl, S.71.

3 Vgl. dazu kritisch Möschel, Wettbewerb im Schnittfeld, S.345f.

4 Friedman, Adam Smith's Relevance for 1976, Vortrag vor der Mont Pèlerin Society, St. Andrews, zitiert nach F.A.Z. vom 18.9.1976, S.13.

sis"¹. Diese bejahen zwar grundsätzlich die Notwendigkeit eines Wettbewerbsrechts, befürworten aber eine weitgehende Einschränkung der gegenwärtigen Wettbewerbsgesetzgebung, insbesondere im Hinblick auf die Fusionskontrolle.

Den Verfechtern einer weitreichenden Zurückdrängung des Wettbewerbsrechts erscheint es wegen des Wesens des Wettbewerbs als eines Entdeckungsverfahrens logisch widersprüchlich, mit den Mitteln des Rechts Wettbewerb auf freien Märkten erhalten und herstellen zu wollen. Dies sei ein "intellektueller Trugschluß"². Die Gewährleistung freien Wettbewerbs könne nur durch ein weitgehendes "laissez-faire" erfolgen³. Wegen der - bereits von Clark entdeckten⁴ - Dynamik des Wettbewerbsprozesses führe eine solche Politik langfristig zu den bestmöglichen Ergebnissen⁵. So meint Brozen im Hinblick auf das Konzentra-

1 Vgl. zu den Positionen der "Chicago School" vor allem Director-Levi, Northwestern University Law Review (Vol.51) (1957), S.281ff.; Bork, The Antitrust Paradox; Brodley, Yale Law Journal (Vol.87) (1977), S.1ff.; Brozen, Journal of Law and Economics (Vol.13) (1970), S.279ff.; Peltzman, Journal of Law and Economics (Vol.20) (1977), S.229, 262; Posner, Pennsylvania Law Review (Vol.127) (1979), S.925ff.; kritisch hierzu Nelson, Pennsylvania Law Review (Vol.127) (1979), S.949ff. und Scherer, Yale Law Journal (Vol.86) (1977), S.974ff. sowie Kallfass, WuW 1980, S.596ff. und Kirchner, ZHR 144 (1980), S.583ff. - Inwieweit zwischen den Ansichten Friedmans und denen der Chicago School ein Zusammenhang besteht, ist strittig; vgl. Posner, a.a.O., S.928; ein Zusammenhang ist wegen der engen persönlichen und wissenschaftlichen Beziehungen zwischen Friedman und Director aber wahrscheinlich.

2 Milton Friedman, a.a.O.; ähnlich Ayn Rand, zitiert nach Adams, Festschrift für Helmut Arndt, S.12: "the concept of free competition enforced by law is a grotesque contradiction in terms ..." (Hervorhebungen von Rand).

3 Rand, a.a.O.; Brozen, Journal of Law and Economics (Vol. 13) (1970), S.286; zu neuesten, dem Antitrust-Recht kritisch gegenüberstehenden Tendenzen in den USA vgl. Lohr, Antitrust: Big Business Breathes Easier, The New York Times vom 15.2.1981, Sec.3, S.1 und 22 sowie Jürgensen, Das Jahr der Elefanten-Hochzeiten, FAZ vom 8.1.1982, S.11.

4 Clark, Competition as a Dynamic Process, 1961.

5 Hierauf bezieht sich insbesondere Kirchner, S.166ff.; vgl. auch schon Schumpeter, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, S.168.

tionsproblem: "The market will do the deconcentrating"¹.

Die Auffassungen Friedmans und der Chicago School sind weitgehend vom Vertrauen in die langfristig wirkenden Selbstheilungskräfte des Marktes geprägt. Zwischenzeitliche Unvollkommenheiten werden von den Befürwortern dieser Auffassung bewußt hingegenommen. Sie stellen gleichsam den Preis dar, den man für die Leistung des Koordinationssystems Wettbewerb zu zahlen hat. Dieses radikale Konzept besticht nicht zuletzt durch seine Einfachheit. Möschel hat die These von der Unnötigkeit des Wettbewerbsrechts denn auch, obwohl er sie im Ergebnis ablehnt, als "einzig wirklich stringente Wettbewerbskonzeption"² bezeichnet³.

b) Zur Notwendigkeit eines Wettbewerbsrechts

Dennoch kann diesen Vorstellungen nicht gefolgt werden. Der Grund hierfür liegt nicht darin, daß mit der Überflüssigkeit des Wettbewerbsrechts ein Heer von Wettbewerbsjuristen arbeitslos und ganze Bibliotheken zu Makulatur werden würden. Vielmehr bestehen tiefergreifende Bedenken, welche im folgenden erörtert werden.

aa) Die freiheitssichernde Funktion des Wettbewerbsrechts

Zunächst ist festzuhalten, daß bereits die Klassiker wie Adam Smith erkannten, daß das Wettbewerbssystem ohne freiheitssichernde Regeln nicht funktionieren kann⁴.

1 Brozen, a.a.O.

2 Möschel, Wettbewerb im Schnittfeld, S.345, 346.

3 Adams, a.a.O., S.12, erkennt in der laissez-faire-Forderung "a grain of truth".

4 Vgl. Adam Smith, a.a.O., S.785 sowie die eingehenden Analysen von Mestmäcker, Die sichtbare Hand des Rechts, S.157ff. und Tuchtfeldt, ORDO 27 (1976), S.29ff.

Diese freiheitsichernden Regeln bedürfen jedoch, um zu einem Mindestmaß an Verbindlichkeit und Effektivität zu gelangen, der Verrechtlichung. Andernfalls stünden sie zur Disposition der Wettbewerbstreibenden. Regeln, denen es an Durchsetzbarkeit mangelt, sind wertlos. Adams¹ bringt dies anhand eines Vergleichs zum Ausdruck: "... above all, there is a referee to enforce these rules ...". Fehlt dieser Schiedsrichter, herrscht das Recht des Stärkeren.

Selbst wenn sich die These als zutreffend erweist, daß Monopole, welche die Handlungsfähigkeit von Konkurrenten und Abnehmern übermäßig einschränken, langfristig betrachtet² durch sich bildende Gegenkräfte überwunden werden können³ ("Erosion der Marktmacht"), so kann doch die zwischenzeitliche Wettbewerbsbeschränkung, die unter Umständen den Handlungsspielraum der Wettbewerber auf Jahrzehnte einengt, nicht toleriert werden. Oder, um es mit den Worten Möschels zu sagen, "langfristige ökonomische Effizienzvorstellungen sind ein geringer Trost für den Schwachen und Einzelnen, der am eigenen Leibe erfährt, wozu wirtschaftliche Macht fähig ist"⁴.

Im übrigen ist die These von der langfristigen Machterosion bislang empirisch nicht bestätigt worden⁵ und deshalb mit Zurückhaltung zu betrachten. Zwar sind in der Praxis Fälle der Dekonzentration beobachtet worden⁶; daß die Marktkräfte zwangsläufig auf längere Sicht eine Machterosion herbeiführen können, folgt hieraus jedoch nicht. Bedenken bestehen vor

1 Adams, a.a.O., S.16.

2 So Kirzner, S.151ff.

3 Brozen, a.a.O., S.286.

4 Möschel, a.a.O., S.346.

5 Schulte=Braucks, BB 1981, S.1370, hält sie unter Berufung auf konzentrationsstatistisches Material sogar für widerlegt, ohne dies allerdings näher zu begründen und entsprechende Daten mitzuteilen.

6 Vgl. die Beispiele bei Harms, Größenkriterien, S.12 oder die gegenwärtige Entwicklung beim AEG-Konzern.

allem in den Fällen, in denen es dem Monopolisten oder marktbeherrschenden Unternehmen gelingt, sich auf Dauer die entscheidenden Ressourcen, z.B. Rohstoffquellen, zu sichern. Ob die Gegenkräfte des Marktes in Abwesenheit von rechtlichen, die Wettbewerbsfreiheit sichernden Regeln stark genug sind, eine Machterosion herbeizuführen, erscheint in diesen Fällen selbst bei Zugrundelegung einer extrem langfristigen Betrachtungsweise als äußerst zweifelhaft.

bb) Schutz des kompetitiven Systems an sich

Ein weiterer Aspekt, welcher für die unbedingte Notwendigkeit des Wettbewerbsrechtes spricht, wird von Hoppmann aufgezeigt¹. Erklärtermaßen von einer Konzeption des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren ausgehend, weist dieser zutreffend darauf hin, daß das System der "spontanen Koordination"² der Einzelpläne in seiner Funktionsfähigkeit gefährdet ist, wenn es keine "Spielregeln"³ gibt, welche verhindern, daß Marktteilnehmer ex-ante-Koordinationen vornehmen. Der Verzicht auf diese Spielregeln in Gestalt wettbewerbsrechtlicher Normen käme somit einer Preisgabe des Schutzes des kompetitiven Systems an sich gleich.

c) Notwendigkeit von Prognosen de lege lata

Die Forderung nach einer weitgehenden Abschaffung des Wettbewerbsrechts ist daher abzulehnen. Im übrigen bietet dieser Vorschlag de lege ferenda auch keine Auslegungshilfe für die Anwendung des geltenden Kartellrechts. Solange die Vorschrif-

1 Hoppmann, Fusionskontrolle, S.62ff.

2 Hoppmann, a.a.O., S.62.

3 Hoppmann, a.a.O., S.63.

ten des GWB Wendungen enthalten wie "ist zu erwarten, daß ..." (§ 24 I GWB) kommt der Rechtsanwender um Prognoseentscheidungen¹ nicht herum².

2. Per-se-Verbote

Ebenfalls nur de lege ferenda interessant ist der auf Hoppmann³ zurückgehende Vorschlag, weitreichende per-se-Verbote einzuführen und beispielsweise Fusionen⁴ generell und ohne Rücksicht auf ihre Auswirkungen im Einzelfall als wettbewerbsschädlich zu verbieten. Dieser Vorschlag stellt im Vergleich zu dem zuvor erörterten Konzept vom Rückzug des Wettbewerbsrechts geradezu das andere Extrem dar. Hoppmann begründet ihn damit, daß die Marktteilnehmer durch Unternehmenszusammenschlüsse ihre Pläne bereits ex ante aufeinander abstimmten, was dem Wesen des Wettbewerbs als eines spontanen Koordinationsystems zuwiderlaufe. Es handelt sich bei dieser Begründung um den oben bereits näher dargestellten⁵ Aspekt des Schutzes des kompetitiven Systems an sich. Ex ante Koordinationen seien

1 Treffend Steindorff, ZGR 1978, S.781: "§ 24 Abs.1 GWB wäre wertlos, wenn Bundeskartellamt und Kammergericht keine Prognose wagen dürften."

2 Zu den diesen Normen zugrundeliegenden - ebenfalls prognostischen - Entscheidungen des Gesetzgebers vgl. S.186f.

3 Hoppmann, a.a.O., S.59ff.; ihm folgend Carl, S.143; Emmerich, Kartellrecht (Nachtrag 1980), S.3.

4 Die Regelungstechnik der per-se-Verbote soll im folgenden exemplarisch anhand der Fusionskontroll-Vorschriften erörtert werden. Ebenso sind auch per-se-Verbote denkbar, welche die im Bereich des § 1 GWB erforderlichen Prognosen erübrigen würden. Wegen der hierdurch herbeigeführten außerordentlichen Erweiterung des Anwendungsbereiches dieser Vorschrift, welche zu einer unververtretbaren Einengung des Handlungsspielraumes der Unternehmen führen kann, sind derartige Verbote aber nur bei besonders gefährlichen Wettbewerbsbehandlungen diskutabel.

5 S.92f.

generell zu verbieten, weil sie sich außerhalb des Wettbewerbs-systems bewegten.

Zwar ist Hoppmann zuzugeben, daß durch Fusionen die Zahl der Entscheidungsträger verringert wird und daß der Schutz des kompetitiven Systems auch darauf gerichtet sein muß, ein Mindestmaß an funktionsfähigen Unternehmenseinheiten zu erhalten. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß dies nur durch eine generelle, vom Einzelfall weitgehend losgelöste per-se-Betrachtung möglich ist. Auch erscheint es problematisch, Unternehmens-zusammenschlüsse als ex-ante-Koordinationen zu bezeichnen. Der Begriff Koordination setzt voraus, daß mehrere Unternehmen ihre Wirtschaftspläne gegenseitig anpassen. Durch einen Zusammenschluß entsteht eine neue Unternehmenseinheit mit einem neuen Wirtschaftsplan. Zusammenschlüsse bewirken daher keine - auch keine "ex ante"-Koordination zweier Wirtschaftssubjekte, sondern rufen Änderungen in der Struktur und Zahl der eigenständigen Wirtschaftseinheiten hervor.

Weiterhin wäre ein generelles Fusionsverbot auch verfassungsrechtlich höchst bedenklich. Zum einen würde ein nicht an den Einzelfallauswirkungen orientiertes Verbot gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips¹ verstoßen. Zum anderen wäre auch die Eigentumsgarantie des Art.14 GG tangiert. Kein Unternehmen könnte mehr als Käufer oder Verkäufer eines anderen Unternehmens auftreten. Der Kapitalmarkt käme praktisch zum Erliegen.

Die mit einem generellen Fusionsverbot einhergehenden Probleme und Unzuträglichkeiten werden im übrigen auch von den Befürwortern einer per-se-Regelung gesehen. So schlägt Carl vor, per-se-Verbote erst ab einer gewissen Unternehmensgröße einzuführen, da nur solche Größenordnungen bedenklich seien, "die zu Positionen ökonomischer Macht führen, die die Möglich-

1 Zur verfassungsrechtlichen Verortung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vgl. BVerfGE 19, 348f.; 23, 133; 35, 400; 36, 264 sowie Grabitz, AöR Bd.98 (1973), S.568ff. und Lerche, S.77ff.

keiten tendenzieller Erosion dieser Machtposition ... vermindern oder zumindest wesentlich beschränken."¹ Hiermit nimmt er aber selbst eine Prognose vor, nämlich hinsichtlich der Möglichkeit einer Machterosion.

Letztlich besteht der Effekt derartiger per-se-Fusionsverbote somit lediglich darin, einerseits die Prognose vom Rechtsanwender auf den Gesetzgeber zu verlagern sowie an die Stelle der bisher erforderlichen Prognosen andere zu setzen.

Im übrigen ist auch im US-amerikanischen Recht der Unternehmenszusammenschlüsse, auf welches sich die Verfechter der per-se-Regeln gern berufen², zur Feststellung der dort maßgeblichen "wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs" stets eine Prognose erforderlich³, soweit es sich nicht um klar auf der Hand liegende Monopolfälle handelt. So heißt es in *United States v. Philadelphia National Bank*⁴:

"It requires not merely an appraisal of the immediate impact of the merger upon competition, but a prediction of its impact upon competitive conditions in the future."

Des weiteren zeichnet sich im US-amerikanischen Wettbewerbsrecht generell eine Abkehr von pauschalen, "quasi-per-se"⁵-Beurteilungen (ausdrückliche per-se-Regeln hat es im US-amerikanischen Recht im Hinblick auf Zusammenschlüsse ohnedies nie gegeben) zugunsten einer umfassenden, die Einzelfallauswirkungen berücksichtigenden Gesamtbetrachtung ab. Eine Tendenzwende bahnte sich in den Urteilen *United States v. General Dynamics Corp.*⁶ und *United States v. Marine Bancor-*

1 Carl, S.143.

2 So z.B. Hoppmann, Fusionskontrolle, S.66ff.

3 Sandrock, Gutachten, S.101.

4 374 US 321 (362), 10 L.ed.2d. 915 (944) (1963).

5 Diese Charakterisierung stammt von Hoppmann, a.a.O., S.78. Die US-Gerichte reden insoweit nur von "presumptions" oder "prime facie cases".

6 415 US 486, 39 L.ed.2d. 530 (1974).

poration¹ des US-Supreme Court an², in denen das Gebot einer umfassenden Marktanalyse betont wurde.

Auch im amerikanischen Schrifttum wird eine Ausdehnung der per-se-Regeln und Vermutungen über den Bereich verbotener Preisabsprachen hinaus kritisch betrachtet³.

So heißt es bei Blake-Pitofsky-Scherer⁴:

"Nevertheless, all presumptions, since they are a form of generalization, involve a margin of error, and it is desirable to make use of them only when the harm that may result from error is clearly outweighed by the savings in social cost which the presumptions afford. How the balance is to be struck remains a major problem in the law of antitrust."

Zwar spricht für per-se-Verbote, daß diese der Rechtssicherheit dienen und den Unternehmen Klarheit über die Rechtslage und Sicherheit hinsichtlich ihrer Planungen verschaffen. Angesichts der Schwere der mit kartellrechtlichen Verboten und Untersagungen verbundenen Eingriffe muß dieser Aspekt aber hinter dem der Einzelfallgerechtigkeit zurückstehen. Nur wenn die konkreten Auswirkungen der Fusion im Einzelfall berücksichtigt werden, ist die erforderliche Ausgewogenheit und Verhältnismäßigkeit der kartellrechtlichen Entscheidung gewährleistet. Undifferenzierte per-se-Regeln, welche die Besonderheiten der betroffenen Märkte und Unternehmen vernachlässigen, können diesen Anforderungen nicht genügen. Sie sind daher abzulehnen⁵.

1 418 US 602, 41 L.ed.2d. 978 (1974).

2 Zu diesen Urteilen Sullivan, S.616; Note, Harvard Law Review 92 (1978), S.491, 499ff.

3 Sullivan, S.197; Blake-Pitofsky-Scherer in Blake-Pitofsky, S.493; Blechmann, GRUR Int. 1980, S.648.

4 Blake-Pitofsky-Scherer in Blake-Pitofsky, a.a.O.

5 Gegen die Einführung von per-se-Verboten auch Axster, WuW 1976, S.167f.; Steindorff, ZGR 1978, S.787; ebenso im Hinblick auf das europäische Recht Gleiss-Hirsch, Art.85 Rdn.101.

3. Beschränkung auf Marktstrukturprognosen

Ein vielfach postulierter Vorschlag zur Bewältigung der einerseits auf die Indeterminiertheit menschlichen Verhaltens und andererseits auf die Komplexität des Wettbewerbgeschehens¹ zurückzuführenden Prognoseprobleme ist der, die Vorhersage der wettbewerblichen Wirkungen kartellrechtsrelevanten Verhaltens von vornherein auf Kriterien der Marktstruktur zu beschränken².

a) Die zugrundeliegende Prämisse: Überlegenheit von Strukturprognosen

Basis dieser Auffassung ist die Prämisse, daß Vorhersagen über allgemeine Strukturen des Marktprozesses - anders als Individualprognosen - im Bereich des Möglichen liegen. Eine Voraussetzung, welche auch vom schärfsten Kritiker der Individualprognose, von Hayek, als gegeben angesehen wird³. Von Hayek bezeichnet diese Strukturvoraussagen als "pattern predictions"⁴.

In der kartellrechtlichen Literatur wird zur Begründung des Vorschlags, ausschließlich auf derartige strukturelle Prognosen abzustellen, meist pauschal auf die Forschungsergebnisse der amerikanischen Industrial Organization-Lehre verwiesen⁵, wobei insbesondere die Arbeiten von Bain⁶ und Scherer⁷ zitiert werden.

1 Vgl. oben S.84ff.

2 Böhlk-Schöppe, DB 1977, S.2361; Emmerich, Kartellrecht, S.16f.; ders. AG 1978, S.119; ders., AG 1979, S.43; Hitzler, S.172.

3 Die Theorie komplexer Phänomene, S.28ff.; ders., Entdeckungsverfahren, S.6.

4 Von Hayek, Komplexe Phänomene, S.28. Wie Graf, ORDO 26 (1975), S.289ff., richtig herausgearbeitet hat, bleibt der "logische Status" der Mustervoraussagen, insbesondere ihr empirischer Gehalt, jedoch weitgehend im Dunkeln.

5 Siehe die in Fußnote 2 Genannten.

6 Bain, Industrial Organization, 2.Aufl., 1968.

7 Scherer, Industrial Market Structure and Economic Perfor-

b) Wahrscheinlichkeitsgrad von Strukturprognosen

Fraglich ist aber, ob diese Forschungen es rechtfertigen, bei der kartellrechtlichen Prognose auf individuelle Einflußfaktoren des Marktverhaltens generell zu verzichten. Eine derartige Beschränkung wäre dann vertretbar, wenn die "pattern predictions" mit hinreichender Wahrscheinlichkeit möglich und alle anderen Vorhersagen mit so großer Unsicherheit belastet wären, daß man sie ins Reich der Spekulationen verweisen könnte. Zumindest aber müßte zwischen beiden Prognosearten ein derartiges Wahrscheinlichkeitsgefälle herrschen, daß neben den Prognosen struktureller Art anderweitige Prognosen noch nicht einmal als ergänzendes Erkenntnismittel in Betracht kämen. Nur dann ließe sich eine Beschränkung auf Strukturvorhersagen mit dem Gebot umfassender Sachaufklärung in Einklang bringen.

Sieht man sich die Untersuchungen der Industrial-Organization-Lehre genauer an, läßt sich eine Überlegenheit der reinen Marktstrukturprognostik, welche dem vorstehend herausgearbeiteten Ausmaß entsprechen würde, indessen nicht feststellen. Die durch die optimistischen Literaturverweisungen¹ erweckten Erwartungen werden nicht erfüllt.

Zwar existieren zahlreiche empirische Untersuchungen, welche versuchen, allgemeingültige Zusammenhänge, z.B. zwischen Konzentrationsgrad und Profitrate², Marktstruktur und technischer Effizienz³, Marktstruktur und Produktdifferenzierung⁴ etc. nachzuweisen. Soweit hierbei überhaupt derartige Zusammenhänge bestätigt werden konnten, deuteten sich aber zumeist nur graduelle Trends an. Auch die Industrial-Organization-Lehre kann keine sicheren Vorhersagen, sondern nur "grobe

1 Gewisse Bedenken sind allein bei Emmerich, Kartellrecht, S.17, zu erkennen.

2 Bain, Industrial Organization, S.439ff.

3 Bain, a.a.O., S.434ff.

4 Bain, a.a.O., S.4.

und sehr allgemeine"¹ Angaben liefern. Die Ursachen liegen in den gleichen Problemen, denen sich auch die Individualprognose gegenübergestellt sah: nicht nur die Individualprognose, sondern auch die "allgemeinere" Strukturprognose benötigt Basisdaten, welche wegen der ungeheuren Komplexität des Wettbewerbssystems einerseits sowie der Schwierigkeit der Datenerhebung andererseits² nur zum Teil bekannt oder erkennbar sind. So heißt es bei Bain³:

"Unfortunately, economists at present are several light years distant from fulfilling this ideal (einer umfassenden empirischen Industrial Organization Analysis, d.Verf. dieser Untersuchung). Manifold difficulties in securing adequate data (or any data at all bearing on many matters), together with the sheer magnitude of the implied research task, have deterred them from proceeding very far with establishing the complex interrelationships of the several leading dimensions of market structure with several most prominent dimensions of market performance."

F.M. Scherer gesteht im Hinblick auf die bei der Fusionskontrolle vorzunehmende Prognose unumwunden ein⁴:

"Allerdings besteht bei der Anwendung wirtschaftlicher Kriterien ein schwieriges Problem: es gibt keine zufriedenstellende Theorie über die Kosten und Vorteile von Fusionen. Die Auswirkungen von Zusammenschlüssen auf die Marktkonzentration können ohne wesentliche Schwierigkeiten gemessen werden, aber die Zusammenhänge zwischen Konzentration und wirtschaftlicher Leistung sind außerordentlich komplex. Ich bin vielleicht am bekanntesten durch den Versuch geworden, eine umfassende Theorie⁵ zu entwickeln, bin aber auch als erster bereit zuzugeben, daß mein Begriffsgefüge unzulänglich ist. Wir können zum Beispiel nicht mit Bestimmtheit sagen, ob eine Fusion, welche die Marktkonzentration erhöht, auch zu Preissteigerungen, gesteigerter Produktionsleistung und erhöhtem technischen Fortschritt führen wird."

1 Emmerich, a.a.O., S.17.

2 Auf einen Unteraspekt dieses Problems, nämlich die z.T. mangelnde Informationsbereitschaft der Wettbewerbstreibenden, weist Scherer, WuW 1974, S.89f. mit Nachdruck hin.

3 Bain, Industrial Organization, S.433.

4 Scherer, WuW 1974, S.83.

5 Scherer, Industrial Market Structure and Economic Performance (1970).

Und weiter¹:

"Die Kraft der theoretischen Vorhersage ist schwach. Die wirtschaftlichen und politischen Fragen sind ungeheuer verwickelt. Schwierige Werturteile müssen gefällt werden."

Auch bei einer rein strukturorientierten, in erster Linie auf den Erkenntnissen der Industrial Organization Analysis basierenden Prognose läßt sich daher allenfalls ein Wahrscheinlichkeitsurteil² erzielen.

4. Wahrscheinlichkeitsurteile als ausreichende kartellrechtliche Eingriffsgrundlagen

a) Zur Zulässigkeit von Wahrscheinlichkeitsurteilen als Grundlage behördlicher Maßnahmen

Die vorgenannte Einsicht, daß auch rein marktstrukturorientierte Vorhersagen keine hundertprozentig sicheren Prognosen darstellen, sondern mit einer gewissen Unsicherheit behaftet sind, weist gleichzeitig den Weg zur Lösung des Prognosedilemmas. Wenn auch derartige Prognosen nur Wahrscheinlichkeitsurteile ermöglichen, entfällt die Notwendigkeit der Beschränkung auf die reine Strukturbetrachtung. Da auch der Verzicht auf ein Wettbewerbsrecht sowie generelle per-se-Regeln jedenfalls de lege lata nicht weiterhelfen, wie oben unter 2. und 3. eingehend dargelegt wurde, bleibt nur der Weg, Wahrscheinlichkeitsurteile als ausreichende Ermächtigungsgrundlagen für kartellrechtliche Maßnahmen anzusehen. Dieser Ansatzpunkt geht auch mit dem Ziel des Wettbewerbsrechts, Gefährdungen des freien Wettbewerbs zu verhindern, konform. Denn Eingriffe zur Gefahrenabwehr sind nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht erst dann möglich, wenn ein Schaden mit hundertprozentiger Si-

1 Scherer, WuW 1974, S.86.

2 Daß alle Wirtschaftsprognosen lediglich Wahrscheinlichkeitsurteile sind, stellt Albach, S.201, als Ergebnis der Arbeitstagung des Vereins für Socialpolitik, Garmisch-Partenkirchen 1961, fest, vgl. auch Lutz, S.10ff.

cherheit erwartet wird. Vielmehr sind Wahrscheinlichkeitsurteile als ausreichende Basis derartiger Eingriffe anzusehen.

Dies hat das Bundesverfassungsgericht in seiner mittlerweile umfangreichen "Prognose-Rechtsprechung"¹ ausdrücklich bestätigt. Auch die kartellrechtlichen Instrumentarien wie Kartellverbot und Fusionskontrolle dienen aber der Gefahrenabwehr, da sie den Wettbewerb vor Gefahren schützen sollen².

Das Gesetz verlangt also gar nicht die als unmöglich apostrophierte sichere Vorhersage, sondern begnügt sich mit der überwiegenden Wahrscheinlichkeit eines Schadens für Schutzgüter des GWB. Aufgabe der kartellrechtlichen Prognose ist daher lediglich die Findung eines hinreichend sicheren Wahrscheinlichkeitsurteils. Diese Aufgabe wird aber nicht dadurch gefördert, daß man alle nichtstrukturellen Merkmale von vornherein aus dem Anwendungsbereich der Prognosen herausnimmt. Eine solche Einschränkung würde mit dem Gebot umfassender Sachaufklärung kollidieren, welches sich aus der Inquisitionsmaxime (§ 69 I GWB) ableitet.

b) Berücksichtigung des Marktverhaltens

Generell sind daher auch Marktverhaltens- und -ergebniskriterien zu berücksichtigen, wenn sie mit einer hinreichenden Genauigkeit³ vorhergesagt werden können.

Die Vornahme von verhaltensbezogenen Prognosen ist im übrigen auch anderen Rechtsbereichen nicht fremd, in denen ebenfalls komplexe Vorgänge vorhergesagt werden müssen: So z.B. bei der strafrechtlichen Bewährungsprognose nach § 56 StGB, der Arrestvoraussetzung nach § 917 I ZPO sowie der Berechnung

1 BVerfGE 16, 181ff.; 18, 332; 25, 12f.; 29, 182; 29, 410f.; 30, 263; 36, 71f.; 38, 87f.; 39, 225ff., 230ff.; 50, 332ff.; BB 1981, 1035.

2 Vgl. S.1 Fn.1.

3 Die zu fordernde Prognosegenauigkeit bedarf noch der Konkretisierung; vgl. unten S.142ff.

des Unternehmenswertes (Ertragsprognose) nach den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften.

Auch diese Normen würden leerlaufen, wenn der Rechtsanwender vor der im Gesetz angeordneten Prognose, welche Grundlage weitreichender Entscheidungen ist, kapitulierte und sich auf den Standpunkt zurückzöge, sichere Vorhersagen menschlichen Verhaltens seien grundsätzlich unvorhersehbar.

Indessen wendet die Praxis diese Normen gleichwohl tagtäglich an. Dies liegt aber nicht daran, daß die Rechtsanwender die mit den Prognosen verbundenen Schwierigkeiten leugneten oder sich anmaßen, komplexe Vorgänge mit Sicherheit vorhersagen zu wollen. Vielmehr begnügt sich die Praxis mit Wahrscheinlichkeitsurteilen als Grundlage der zu treffenden Entscheidung.

Ebenso wie in den genannten Rechtsgebieten besteht auch im Kartellrecht ein Bedürfnis, zukünftiges Verhalten - und zwar in erster Linie Marktverhalten - bei Vornahme der Prognosen zu berücksichtigen.

In den Fällen, in denen das Marktverhalten nicht schon ohnehin von Wortlaut oder Teleologie des Gesetzes angesprochen ist, ergibt sich die Notwendigkeit seiner Berücksichtigung daraus, daß Marktverhalten, -struktur und -ergebnisse zirkulativ miteinander verknüpft sind¹. So hat auch das Marktverhalten Auswirkungen auf die Marktstruktur.

F.M. Scherer bringt ein Beispiel²: eine intensive Forschungs- und Entwicklungsarbeit (Marktverhalten) kann die Technologie eines Industriezweiges umgestalten und dadurch die Kostenstruktur sowie den Grad der Produktdifferenzierung (Strukturmerkmale), beeinflussen.

1 Zu dieser Verknüpfung Scherer, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, S.5; Hoppmann, *Abgrenzung*, S.11f.; Kaufer, *Industrieökonomik*, S.510; ders., *Marktmacht*, S.144; Emmerich, *Kartellrecht*, S.13; Carl, S.30. Die Erforschbarkeit derartiger Zusammenhänge ist höchst streitig und wird vor allem von den sog. Neoklassikern verneint, vgl. S.26 Fußn.3.

2 Scherer, a.a.O.

Ebenso, um ein drastisches Beispiel zu nennen, kann die aggressive Preispolitik (Marktverhalten) eines Unternehmens dazu führen, daß schwächere Konkurrenten aus dem Markt ausscheiden müssen, was eine Veränderung der Marktstruktur bedeutet.

Die Bedeutung des Marktverhaltens zeigt sich im übrigen deutlich anhand des Problemkreises potentieller Wettbewerb. Dort kommt es entscheidend auf die psychologischen Wirkungen an (z.B. Abschreckungs- und Entmutigungseffekte)¹. Es ist eine gegenseitige Beeinflussung von Marktstruktur- und Marktverhaltenskriterien zu konstatieren².

Weiterhin lassen sich Marktstruktur- und Marktverhaltensmerkmale oft nicht klar voneinander trennen³, was die Überflüssigkeit und fehlende Sachgerechtigkeit einer unterschiedlichen Behandlung ebenfalls ersichtlich macht.

Vor allem aber wird die Notwendigkeit einer Marktverhaltensprognose dann deutlich, wenn man sich das Wesen des Wettbewerbs als eines "Interaktionssystems" vergegenwärtigt. In einem solchen dynamischen System beruhen die Wettbewerbswirkungen in erster Linie auf dem unternehmerischen Handeln⁴.

Des weiteren gibt es Bereiche, in denen Marktverhaltens- oder Marktergebnisprognosen vom Wortlaut oder Zweck der Norm ausdrücklich verlangt werden. So ist z.B. bei der Beurteilung eines Marktinformationssystems nach § 1 GWB unter Zugrundelegung der hier vertretenen eingeschränkten Folgetheorie zu prognostizieren, ob und inwieweit die Unternehmen von dem ihnen zur Verfügung gestellten System auch Gebrauch machen (Marktverhaltensprognose). Nach § 5 II S.1 GWB ist kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung zu beurteilen, ob eine

1 Vgl. Harms in GK § 23a GWB Rdn.144ff.

2 BGH, WuW/E BGH 1755 ("Sachs/GKN").

3 Riesenkampff, WuW 1977, S.300; Satzky, ZHR 141 (1977), S.564.

4 So zutreffend Meier, DB 1981, S.2162.

Wettbewerbsbeschränkung zu einer "Verbesserung der Befriedigung des Bedarfs" führt (Marktergebnisprognose).

Es ist daher festzuhalten, daß der Kartellgesetzgeber Prognosen sowohl im Hinblick auf Marktstrukturen als auch im Hinblick auf Marktverhalten¹ und -ergebnisse verlangt. Diese sind entweder ausdrücklich angeordnet oder ergeben sich aus dem Gebot einer umfassenden Sachaufklärung, welches die Berücksichtigung sämtlicher Erkenntnismöglichkeiten fordert. Eine Beschränkung auf vermeintlich hundertprozentig sichere allgemeine Strukturvorhersagen hat demgegenüber keinen Sinn, da es derartig sichere Prognosen auch allgemeiner Art nicht gibt. Der Rechtsanwender muß sich vielmehr mit Wahrscheinlichkeitsurteilen begnügen, denn anders als auf der Grundlage von Prognosen, deren Richtigkeit erst die Zukunft erweisen kann, sind Ordnungsentscheidungen nicht möglich².

C. DIE METHODEN DER PROGNOSEERSTELLUNG

Nachdem zuvor die Gegenstände, auf die sich die Prognosen beziehen, aufgegliedert und systematisiert worden sind, fragt sich nun, welche Methoden sich dem Rechtsanwender zur Bewältigung seiner Prognoseaufgabe anbieten.

Da, wie die vorangegangene Untersuchung gezeigt hat, Hauptgegenstand kartellrechtlicher Vorhersage die Marktentwicklung im weitesten Sinne ist, wird dabei den Methoden, welche die Wirtschaftswissenschaften entwickelt haben oder anwenden, besonderes Augenmerk zu widmen sein.

Des weiteren dürfen, da auch (zum Teil) den exogenen Faktoren sowie dem Verhalten von Unternehmern Bedeutung zukommt, die Ergebnisse der sozialwissenschaftlichen Forschung nicht unberücksichtigt bleiben.

1 Ebenso im Hinblick auf die Widerlegung von Ressourcenvermutungen Harms in GK § 23a Rdn.144.

2 Rupert Scholz, Konzentrationskontrolle, S.24.

I. Intuitive Prognosemethoden

Die im täglichen Leben am häufigsten angewandte Prognosemethode ist die der sogenannten intuitiven Prognose. Bei dieser Methode¹ greift der Prognoseersteller zwar auf gewisse Erfahrungen der Vergangenheit - bei der Wirtschaftsprognose auf Kenntnisse wirtschaftlicher Zusammenhänge - zurück, die eigentliche Überzeugungsbildung resultiert aber auf der in erster Linie vom "Fingerspitzengefühl"² gelenkten Gewichtung der einzelnen für maßgeblich erachteten Faktoren.

Charakteristisch für die intuitive Prognosemethode ist, daß mit ihrer Hilfe wegen des nur begrenzt bestehenden Zwanges, Tatsachenaufklärung zu betreiben, schnelle Entscheidungen möglich sind. Intuitive Prognoseentscheidungen können bereits aufgrund einiger weniger, grundlegender Daten getroffen werden. Umfassende Marktanalysen beispielsweise sind nicht erforderlich.

Aus diesem Grunde haben intuitive Prognosemethoden in der Rechtsanwendung überall dort Bedeutung, wo es auf eine schnelle Entscheidung ankommt. So ist es z.B. dem Polizisten, der Maßnahmen zur Gefahrenabwehr am Orte des Geschehens treffen muß, nicht möglich, wissenschaftliche Analysen darüber vorzunehmen, ob wirklich eine Gefahr im Sinne des Polizei- und Ordnungsrechts, d.h. die erhöhte Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintrittes für rechtlich geschützte Güter, gegeben ist. Vielmehr hat er aufgrund aller aktuell verfügbaren Erkenntnisquellen aufgrund des Reservoirs an Kenntnissen, welches gemeinhin als "Lebenserfahrung" bezeichnet wird, also intuitiv, zu entscheiden.

Ebenso wird bei der strafrechtlichen Bewährungsprognose nach § 56 I StGB, wenngleich mit ungleich umstrittenerer Berechtigung, in der Praxis zumeist intuitiv entschieden³.

1 Soweit man hier überhaupt von "Methode" im wissenschaftlichen Sinne sprechen kann; vgl. Jöhr-Kneschaurek, S.419; Henschel, S.18; Philippi, S.153f.

2 Jöhr-Kneschaurek, a.a.O.

3 Vgl. aus der zahlreichen Literatur insbesondere Lefferenz, Die Kriminalprognose, S.1353ff.; ders., Probleme, S.35ff.

Des weiteren kommt der intuitiven Prognose - und dies ist für das Kartellrecht wegen der Nähe der Materie besonders bedeutsam - aus Gründen des zeitlichen Druckes unter dem viele Entscheidungen stehen, auch in der unternehmerischen Entscheidungspraxis eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu¹.

Zum Teil kann sich ein solcher Zeitdruck auf die Entscheidungen der Kartellbehörde bzw. des Wirtschaftsministers übertragen. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn die Übernahme eines vom Zusammenbruch bedrohten Unternehmens nur sofort oder gar nicht möglich ist².

Von großer Bedeutung sind intuitive Methoden - neben den Fällen, in denen die Schnelligkeit der Entscheidung im Vordergrund steht - vor allem dort, wo es gilt, menschliches Verhalten zu prognostizieren. Die aufgrund der Lebenserfahrung gewonnenen pragmatischen Theorien der intuitiven Prognose (sog. "Alltagstheorien"³) dienen nämlich dazu, das komplexe Bedingungsgefüge, welches dem menschlichen Handeln zugrunde liegt, auf einige wesentliche Aspekte zurückzuführen⁴. Die Alltagstheorien haben also komplexitätsreduzierende Funktion und weisen insoweit eine gewisse Verwandtschaft mit den noch zu erörternden Idealtypen⁵ auf, wenngleich sie anders als diese nicht auf wissenschaftlicher Ableitung basieren.

Zwar ist der Wert dieser Alltagstheorien in der Soziologie durchaus umstritten⁶; dennoch kommt ihnen schon mangels praktikabler Alternativen⁷ für die Verhaltensprognose kardinale Bedeutung zu.

1 So Albach, S.202.

2 Daß sich das BKartA derartigen Sachzwängen zu einer schnellen Entscheidung nicht verschließt, zeigt die Entscheidung im Fall Tengelmann/Bronner, Vgl. FAZ vom 23.4.1981, S.15.

3 Vgl. Opp, S.61f.

4 Lautmann, S.21ff., 57ff.; Kübler, S.23ff.; Sambuc, S.131.

5 Siehe unten, S.117.

6 Kritisch insbesondere Opp, S.61; vgl. auch die Darstellung bei Sambuc, S.131f.

7 Sambuc, S.132.

Als Selbstverständlichkeit ist in diesem Zusammenhang die von Sambuc¹ herausgestellte Forderung zu charakterisieren, daß die den intuitiven Prognosen zugrundeliegenden Alltagstheorien nicht gesicherten sozial- oder wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen entgegenstehen dürfen.

Die Praktikabilität der intuitiven Prognose hat ihren Preis in der mangelnden Zuverlässigkeit und Prognosegenauigkeit. Neben den schon aufgrund der nur begrenzten Sachaufklärung bestehenden Vorbehalten ist die intuitive Prognosemethode vor allem folgendem Einwand ausgesetzt: Wegen der eingeschränkten Transparenz der Entscheidungsfindung können persönliche Interessen und Hoffnungen des Prognostikers besonders leicht in das Urteil einfließen. Da die sozusagen "freihändig" und modellfrei aufgestellte intuitive Prognose einer wissenschaftlichen Überprüfung nicht zugänglich ist, besteht die Gefahr von bewußten oder unbewußten Manipulationen bzw. prognostischem Wunschdenken².

Zwar haben auch intuitive Prognosen speziell im Hinblick auf die Wirtschaftsentwicklung in vielen Fällen zu richtigen Ergebnissen geführt³. Es erscheint jedoch nicht als ausgeschlossen, daß diese Richtigkeit vielfach auf Zufall beruhte. Im übrigen liegen keine gesicherten Zahlen über die Trefferwahrscheinlichkeiten intuitiver Prognosen vor. Insbesondere liegt der Gedanke nahe, daß die richtigen Prognosen ein größeres Aufsehen erregen als die fehlgegangenen.

Generell muß aus der Begrenztheit der berücksichtigten Faktoren sowie der nur unzureichenden Rationalisierung der die Prognose tragenden Erwägungen auch eine eingeschränkte Prognosegenauigkeit folgen.

1 Sambuc, S.131.

2 Vajna, S.186ff.; besonders kritisch Hopt, BB 1972, S.1020f., der seinen Vorwurf allerdings einseitig gegen die von ihm so genannten "Vertreter des status quo" richtet.

3 Jöhr-Kneschaurek, S.419.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß die intuitive Prognosemethode vor allem als ergänzendes Prognoseinstrument für eine Plausibilitätskontrolle in Betracht kommt.

Eigenständige Bedeutung hat sie bei Eilentscheidungen sowie bei der Verhaltensvorhersage.

II. Befragungsmethoden

Ebenfalls nur von mäßiger Prognosegenauigkeit sind die Befragungsmethoden. Diese lassen sich in Erwartungsbefragungen (sog. "Delphi-Methode") und in Planbefragungen unterteilen.

1. Die "Delphi-Methode"

Die "Delphi-Methode"¹, die vor allem von der sog. Futurologie - einer Wissenschaft, die vorwiegend das Aufstellen von Langzeitprognosen zum Gegenstand hat - angewandt wird², versucht, zukünftige Entwicklungen dadurch vorauszusehen, daß sie eine größere Zahl von Experten nach ihren Erwartungen befragt.

Wir haben es also nicht im eigentlichen Sinne mit einer Prognosemethode zu tun; vielmehr werden die Erwartungen von Wissenschaftlern, die ihrerseits bestimmte (echte) Prognosemethoden verwenden, im Hinblick auf quantitative Übereinstimmungen gewichtet³. Ob aber die Häufigkeit, mit der Vorhersagen vertreten werden, etwas über deren Richtigkeit aussagt,

1 Dazu Albach, ZfB 1970, Ergänzungsheft, S.11ff.; Brockhoff, S.80ff.; Geschka, S.27-44.

2 Vgl. dazu Bell, S.411ff.; Wagenführ, S.41f.

3 Graff, S.2, spricht aus diesem Grunde von einer "scheinbaren Prognosemethode"; Picot, DB 1977, S.2150 von einer "inexakten Methode".

ist höchst zweifelhaft. Auch Minderheiten - man denke an Kasandra - können recht behalten.

2. Planbefragungen

Andererseits wird man der Befragungsmethode dann einen höheren Wert zumessen können, wenn nicht nach Erwartungen, sondern nach Plänen gefragt wird¹.

So wird sich etwa Aufschluß über das zu erwartende Investitionsverhalten von Unternehmen am besten dadurch gewinnen lassen, daß man die Unternehmen nach ihren Plänen befragt².

Diesem einfach klingenden Konzept stehen jedoch praktische Schwierigkeiten entgegen. So ist damit zu rechnen, daß ein Teil der Unternehmen die Fragen aus Gründen der Geheimhaltung oder der Kosten entweder gar nicht oder falsch beantwortet. Selbst wenn eine hinreichende Zahl von Antworten zu erlangen ist, muß berücksichtigt werden, daß die Unternehmen bei Befragungen letztlich nur unverbindliche Handlungsabsichten kundtun, welche jederzeit revidiert werden können. Insbesondere werden die Pläne der Unternehmen zumeist von (stillschweigenden oder offen geäußerten) Bedingungen abhängen. Erfüllt sich die unternehmerische Erwartung in den Fortbestand bzw. den Eintritt dieser Bedingungen nicht, werden auch die Pläne hinfällig.

Übereinstimmung herrscht daher in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur³ darüber, daß Planbefragungen insbesondere über längere Zeiträume nur einen vagen Prognosewert besitzen,

1 Zum unterschiedlichen Zuverlässigkeitsgrad von Plan- und Erwartungsbefragungen Jöhr-Kneschaurek, S.419; Rothschild, S.88; Schöpf, S.107.

2 Vgl. Jöhr-Kneschaurek, a.a.O.

3 Marquardt-Strigel, S.113f.; Jöhr-Kneschaurek, a.a.O., Rothschild, S.89.

weil mit der Dauer der Zeit die Wahrscheinlichkeit der Bedingungsänderungen wächst.

Kennzeichnend für eine freie Marktwirtschaft ist eben gerade die Flexibilität der Unternehmen und damit die Möglichkeit, aufgrund geänderter Rahmenbedingungen die individuellen Wirtschaftspläne genauso schnell zu ändern, wie sie aufgestellt worden sind.

Den Befragungen über das Unternehmensverhalten kommt daher in aller Regel nur die Bedeutung eines ergänzenden Prognoseinstrumentes zu¹.

III. Extrapolationen

Eine weitere im täglichen Leben wie auch im wissenschaftlichen Bereich oft angewandte Prognosemethode ist die der Extrapolation².

Sie basiert auf dem einfachen Grundgedanken, daß bestimmte, in der Vergangenheit aufgetretene Erscheinungen in der Zukunft andauern bzw. sich in einem bestimmten zeitlichen Rhythmus ändern werden. Die insoweit in der Vergangenheit gemachten Erfahrungen werden dann in die Zukunft projiziert. Die Berücksichtigung komplizierterer Abläufe und Entwicklungen geschieht dadurch, daß die beobachtete Zeitreihe in Komponenten zerlegt wird³. So zergliedert man beispielsweise bei der Beobachtung gesamtwirtschaftlicher Entwicklungen die Zeitreihen in Trends (langfristige Entwicklungstendenzen), konjunkturelle Schwingungen (zyklische Abweichungen vom langfristigen Trend), saisonale Schwankungen (Veränderungen im jahreszeit-

1 Marquardt-Strigel, S.186; Rothschild, S.90f.; Albach, S.205.

2 Dazu Jöhr-Kneschaurek, S.419ff.; Rothschild, S.20ff.; Morgenstern, S.54ff.; Henschel, S.25ff.; Philippi, S.143ff.; Schöpf, S.97f.; Tinbergen, S.437; Vajna, S.136ff.; Wagenführ, S.46ff.

3 Dazu Henschel, S.25ff.; Rogge, S.1278 f.

lichen Rhythmus) und Zufallsschwankungen (sonstige, nicht durch Trend, Konjunktur oder Saison erklärbare Schwankungen). Außerdem versucht man, die Treffsicherheit der Extrapolation dadurch zu verfeinern, daß man nicht allen Vergangenheitswerten das gleiche Gewicht im Hinblick auf die Zukunftsprognose gibt. Vielmehr wird den gegenwartsnäheren Werten durch mathematische Methoden wie diejenige der gewogenen gleitenden Durchschnitte¹ oder der exponentiellen Glättung² - auf welche hier nicht näher eingegangen werden soll - eine größere Bedeutung zugemessen.

Trotz dieser Verfeinerungen ist die Methode der Extrapolation grundlegenden Einwänden ausgesetzt³. Denn die Extrapolationsmethode kann nur funktionieren, wenn eine im wesentlichen gleichbleibende "Ursachenmatrix"⁴ existiert. Auf deren Erkenntnis wird bei der reinen Extrapolation aber bewußt verzichtet. Dieser Verzicht auf die Aufklärung der Ursachen der zu beobachtenden Entwicklung ist Ansatzpunkt der gegen die Extrapolationsmethode vorgebrachten, zum Teil heftigen Kritik. So bezeichnet Tinbergen die Extrapolation als "primitiv"⁵. Zuzugeben ist dieser Kritik, daß die Extrapolation komplizierterer Zusammenhänge über längere Zeiträume hinweg nur ungenaue Prognosen ermöglicht⁶. Wegen des Verzichts auf eine Ursachenanalyse läßt sich insbesondere der Eintritt größerer Trendveränderungen, etwa von Konjunkturwendepunkten, nicht mit hinreichender Sicherheit vorhersagen. Darüber hinaus besteht die Gefahr, daß grundlegende Entwicklungen und Brüche der bisherigen Entwicklung überhaupt übersehen werden⁷.

1 Henschel, S.31ff.; M. Schröder, S.36f.

2 Henschel, S.33ff.; M. Schröder, S.37ff.; Rogge, S.1279.

3 Äußerst kritisch bereits Morgenstern, Wirtschaftsprognose, 1928.

4 Schöpf, S.97.

5 Tinbergen, S.437.

6 Jöhr-Kneschaurek, S.420.

7 Rothschild, S.63.

Ein Beispiel für die fragwürdige Rolle, welche eine - noch dazu stark vereinfachende - Extrapolation in der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis spielen kann, findet sich im "Texaco-Zerssen"-Beschluß des Bundeskartellamtes¹. Dort heißt es:

"Die 16 Raffinerieunternehmen haben in der Vergangenheit zueinander nicht im Wettbewerb gestanden. Es ist nicht zu erwarten, daß die Unternehmen in Zukunft Preiswettbewerb als Mittel langfristiger Unternehmensstrategie einsetzen werden."

Hier macht es sich das Bundeskartellamt etwas zu einfach. Insbesondere berücksichtigt es nicht, daß der Mineralölverbrauch in jüngster Zeit infolge der Energiesparkampagne sowie der kräftigen Preiserhöhungen erheblich zurückgegangen ist. Daß die Unternehmen bei dieser Sachlage nicht doch von dem Aktionsparameter Preis Gebrauch machen, um langfristig Marktanteile zu gewinnen, kann zumindest nicht aufgrund des vergangenen Verhaltens, welches unter ganz anderen Marktbedingungen erfolgte, ausgeschlossen werden. Oligopolistisches Parallelverhalten ist nämlich nicht unter allen Marktbedingungen in gleicher Weise wahrscheinlich.

Insgesamt ist festzustellen, daß Extrapolationen und Trendbeobachtungen nur die Rolle ergänzender Prognoseinstrumente zukommen sollte.

IV. Die analytischen Methoden

1. Methodische Grundlagen

Die vorgenannte Kritik an der kausaltheoretischen "Blindheit" der Extrapolationsmethode leitet, in konstruktiver Richtung weitergedacht, unmittelbar über zu den sog. analytischen Prognoseverfahren. Diese, gleichermaßen im mikro- wie im makroökonomischen Bereich anzutreffenden Prognosemethoden machen sich die von den Wirtschaftswissenschaften gewonnenen Erkenntnisse ökonomischer Kausalzusammenhänge zunutze.

¹ BKartA, WuW/E BKartA 1845.

Legt man den Kausalzusammenhang "wenn a, dann b" zugrunde, kann man, wenn die Bedingung a festgestellt werden kann, eine Prognose im Hinblick auf b treffen. Oder, um ein konkretes Beispiel zu bringen: Geht man davon aus, daß Preiserhöhungen bei gleichbleibenden sonstigen Bedingungen einen Nachfrage-rückgang verursachen, während umgekehrt Preissenkungen zu einer Verstärkung der Nachfrage führen, läßt sich bei einer Veränderung der Preise unschwer eine entsprechende Reaktion der Nachfrage prognostizieren.

Läuft der eine Faktor dem anderen zeitlich voraus, kann man ihn auch als sog. "Frühindikator"¹ bezeichnen. Einen solchen Frühindikator stellt im mikroökonomischen Bereich z.B. der Auf-tragseingang im Hinblick auf Produktions- und Umsatzzahlen dar.

In der Regel ist das wirtschaftliche Geschehen allerdings von komplexerer Natur, als daß es sich durch den Rückgriff auf einen einzigen Indikator hinreichend sicher prognostizieren ließe. So ist, um das obengenannte Beispiel der Preis/Nach-frage-Relation aufzugreifen, die Preisentwicklung nicht nur von der Nachfrage abhängig und umgekehrt, sondern z.B. auch davon, daß die Nachfragepräferenzen gleichbleiben, d.h. daß die Verbraucher nicht für ihnen besonders wichtig erscheinende Güter besonders hohe Preise zu zahlen bereit sind. So gestal-tete sich der Nachfragerückgang auf dem Benzinmarkt, der durch stark steigende Preise bestimmt wurde, wahrscheinlich deshalb verhältnismäßig moderat, weil viele Verbraucher zu-gunsten der als wichtig empfundenen Mobilität auf andere Dinge verzichtet und somit Umschichtungen in ihren persönlichen Budgets vorgenommen haben. Diese sonstigen Einflußfaktoren, deren es eine Vielzahl gibt², werden bei den auf einzelnen Indikatoren basierenden Prognosen bewußt außer acht gelassen und durch die Voraussetzung "ansonsten gleichbleibender Be-dingungen" (sog. ceteris paribus-Klausel) ersetzt. Allerdings

1 Vgl. Henschel, S.51ff. m.w.Nachw.

2 z.B. auch Zinsniveau, konjunkturelle Lage etc.

muß hier angemerkt werden, daß sich der Anwendungsbereich der *ceteris paribus*-Klausel keineswegs auf die Frühindikator-Prognose beschränkt. Wegen der Vielzahl der Bedingungen, welche sich auf den Wirtschaftsvorgang auswirken können, beanspruchen ernstzunehmende wirtschaftliche Prognosen (ausdrücklich oder stillschweigend) immer nur *ceteris paribus* Gültigkeit¹.

Freilich gehen die Bestrebungen der Wissenschaft dahin, den Bereich der *ceteris paribus*-Bedingungen möglichst klein zu halten und eine Vielzahl von Einflußfaktoren zu berücksichtigen. Dieser Wunsch führt zur sogenannten Modellprognose².

Mit der Konstruktion der Modelle wird in der Ökonomie versucht, das jeweils Wesentliche des Marktgeschehens im Wege der sog. "isolierenden Abstraktion"³ herauszudestillieren, da die Berücksichtigung aller Gegebenheiten eines tatsächlichen Marktes einerseits unmöglich, andererseits aber auch wenig nutzbringend wäre⁴. Hat man die diesen Modellen zugrundeliegenden Ablaufgesetze empirisch überprüft⁵, kann man auf dem so gewonnenen Fundus an Erkenntnissen spezielle Modelle zu Prognosezwecken aufbauen⁶.

Ein besonderer Vorteil der Prognosemodelle ist, daß sie sich als mathematische Gleichungssysteme formulieren lassen⁷. Hierdurch

1 Vgl. Giersch, S.39.

2 Rothschild, S.120ff.

3 Eucken, S.70.

4 Giersch, Allgemeine Wirtschaftspolitik, S.32; Sandrock, Grundbegriffe, S.14 m.w.Nachw.; vgl. bereits Schumpeter, Das Wesen und der Hauptinhalt der theoretischen Nationalökonomie, 1908, S.39ff.

5 Als mögliche Ablaufgesetze kommen alle diejenigen in Betracht, die sich verifizieren bzw. nach Popper, Logik der Forschung, S.14ff. und 198ff., der die Möglichkeit einer Verifizierung leugnet, nicht falsifizieren lassen.

6 Brockhoff, S.36ff.; Vajna, S.154ff.; Jöhr-Kneschaurek, S.421; Schöpf, S.110ff.; Philippi, S.129ff.; Stekler, S.15ff.

7 Brockhoff, a.a.O.; Jöhr-Kneschaurek, a.a.O.

wird die Möglichkeit des Einsatzes der elektronischen Datenverarbeitung (EDV) eröffnet¹. Mit dieser Hilfe lassen sich höchst komplexe Modelle mit einer Vielzahl von Variablen² bewältigen. Dennoch ist auch bei der Verwendung komplizierter, mathematisch ausgedrückter und EDV-gestützter Prognosemodelle eine umfassende Berücksichtigung aller Daten, welche sich auf das zu prognostizierende Ergebnis auswirken können, nicht möglich.

Wegen des hohen Komplexitätsgrades des Wettbewerbssystems können die Modelle, wie oben erörtert, nur die jeweils wesentlichen Einflußfaktoren berücksichtigen. Auch mit EDV-Hilfe erstellte analytische Modellprognosen stehen somit unter einem ceteris paribus-Vorbehalt, sind also bedingt und können nur unter der Voraussetzung Gültigkeit beanspruchen, daß sich die nicht berücksichtigten Daten nicht oder jedenfalls nicht entscheidend ändern.

Ein Beispiel für derartige Veränderungen der modellexogenen Faktoren, welche sich verheerend auf die Wirtschafts-, insbesondere die Konjunkturprognosen ausgewirkt haben, waren die großen Ölpreisschübe in den Jahren 1973/74 und 1979/81.

2. Fehlerquellen bei Verwendung analytischer Prognosemethoden

So brilliant sich die Konzepte der analytischen Prognose gedanklich ausnehmen; eine absolut sichere Vorhersagemöglichkeit eröffnen auch sie nach unbestrittener Auffassung nicht³.

a) Zum einen liegt das daran, daß jedes Modell auch Verhalten der Wirtschaftssubjekte in die Berechnungen einbeziehen muß.

1 Hierzu Hopt, DVR 1 (1972/73), S.7ff.

2 Philippi, S.133 stellt Modelle mit bis zu 150 Variablen vor.

3 Vgl. nur Albach, S.201; Krelle, Möglichkeiten und Grenzen, S.34; Kuhlo, S.215; Jöhr-Kneschaurek, S.428f.; Rogge, S.1287; Rothschild, S.142ff; Schöpf, S.169.

Menschliche Entscheidungen sind jedoch aufgrund der Willensfreiheit weitgehend indeterminiert und jedenfalls nur in sehr beschränktem Maße vorhersehbar. Menschliches Verhalten kann daher innerhalb der Modelle nur insoweit berücksichtigt werden, als es der axiomatischen, typisierenden Figur des "homo oeconomicus" entspricht¹. Die Modelle gehen in der Regel davon aus, daß der Unternehmer wirtschaftlich vernünftig handelt und z.B. versucht, einerseits so billig wie möglich einzukaufen, andererseits so teuer wie möglich zu verkaufen. Grundlage der Fiktion des homo oeconomicus ist also - vereinfacht ausgedrückt - das Prinzip der Nutzenmaximierung. Dabei darf nicht verkannt werden, daß gerade in einer sozialen Marktwirtschaft auch sonstige Zielsetzungen, z.B. eine Humanisierung der Arbeitsplätze, in die Planungen der Unternehmungen einfließen werden und sollen. Dies ist in den Modellen zu berücksichtigen². Ebenso kann auf der rein wirtschaftlichen Seite das Prinzip der Nutzenmaximierung weiter modifiziert werden. So sind Unternehmensstrategien denkbar, welche anderen Zielen Vorrang vor einer Gewinnmaximierung einräumen, z.B. der Erhaltung des Umsatzes, Steigerung des Marktanteils etc.³. Unabhängig davon, ob sich diese Ziele unter dem Begriff der "langfristigen Gewinnmaximierung"⁴ zusammenfassen lassen oder nicht⁵, ist ihnen gemeinsam, daß sie Ausdruck eines rationalen Handelns sind. Als solches können sie auch im Prognosemodell

1 Dazu J.N. Keynes, S.87ff., 115ff., 142ff.; Giersch, S.33; Eucken, S.205ff.; Haller, S.107ff., 142ff.; von Zwiedineck-Südenhorst, ZStW, Bd.109 (1953), S.393ff. Zum Nutzen derartiger Typisierungen für die kartellrechtliche Beurteilung Sandrock, Grundbegriffe, S.20ff.; 174f.

2 Zur Begrenztheit der Figur des homo oeconomicus und zum Erfordernis einer weiteren Analyse auch Heuß, HdWW, Bd.8, S.689.

3 Hierauf weist Sandrock, Grundbegriffe, S.80f., hin.

4 Vgl. dazu Machlup, Sellers' Competition, S.47f.

5 Kritisch zu diesem allgemeinen Begriff Sandrock, a.a.O., S.81, der für jedes Modell eine Konkretisierung der spezifischen Zielsetzung fordert.

berücksichtigt werden. Hingegen wird irrationales Handeln oder ein Handeln, welches von hintergründigen, dem Analytiker nicht bekannten Zielsetzungen bestimmt wird, vom Modell nicht zutreffend erfaßt. Die sich daraus ergebenden Schwierigkeiten sollte man indessen im Hinblick auf die Zielsetzungen des Kartellrechts nicht allzu hoch einschätzen. Maßstab für den kartellrechtlichen Eingriff kann nicht eine Entwicklung sein, welche nur unter der Voraussetzung irrational handelnder Marktteilnehmer vorstellbar ist. Ein derartiges Kartellrecht führte sich selbst ad absurdum. Vielmehr ist davon auszugehen, daß sich die Mehrzahl der Wirtschaftsbeteiligten konform zu den Marktgesetzen verhält¹. Auch die Rechtsprechung geht bei ihren Prognosen von "kaufmännischen Erwägungen und Motivationen" der Marktbeteiligten aus². Ein Verhalten, welches diesem Standard nicht entspricht, kann nur dann erwartet werden, wenn hierfür plausible Gründe ersichtlich sind.

b) Ein weiterer Grund für die Grenzen der Modellprognose liegt darin, daß die Komplexität des wirtschaftlichen Beziehungsgefüges eine Berücksichtigung aller Einflußgrößen, welche irgendwie Einfluß auf die zukünftige Entwicklung haben, unmöglich macht. Wie bereits ausgeführt, vermögen Prognosemodelle - und das trifft im übrigen auf alle Modelle im Bereich der Wirtschaftswissenschaften zu³ - nur die charakteristischen, "idealtypischen"⁴ Daten zu berücksichtigen. Diese mehr oder weniger starke Beschränkung kann, wiewohl im Regelfall unschädlich, bei einer starken Veränderung der "außenstehenden", modell-exogenen Faktoren⁵ die Prognose zu wertloser Makulatur werden lassen.

1 Dies weist Sandrock, a.a.O., S.174f. anhand des speziellen Aspekts des Verbraucherverhaltens nach.

2 BGHZ 71, 122f. ("Sachs/GKN"); ebenso schon das KG in der Vorinstanz, KG WuW/E OLG 1754f.

3 So schon Schumpeter, Wesen und Hauptinhalt, S.39ff.

4 Vgl. zum Idealtypus Max Weber, Aufsätze, S.190ff.

5 Vgl. Picot, DB 1977, S.2149; Morgenstern, S.114, sprach von "erratischen Störungen".

Diese exogenen Faktoren lassen sich aufteilen in solche, welche zwar außerhalb des Modells, aber innerhalb des Wettbewerbsystems liegen, sowie in wettbewerbsheteronome Einflüsse, wie Naturkatastrophen, Kriege, Regierungseingriffe etc. Letztere lassen sich kaum zuverlässig abschätzen, während die ersteren gerade deshalb oft außerhalb des Modells gehalten werden, weil man von ihrer Stabilität ausgeht und das Modell nicht unnötig komplizieren will.

Ändern sich die exogenen Faktoren, so wird die Prognose zwar nicht falsch, denn sie galt ja nur *ceteris paribus*, aber sie taugt dann nicht mehr zur Erklärung der konkreten Wirklichkeit, auf die es dem Juristen im Gegensatz zum Wirtschaftstheoretiker allein ankommen darf.

Allerdings wird die Problematik dadurch entschärft, daß, wie oben dargelegt worden ist¹, exogene Faktoren im Kartellrecht nur sehr begrenzt berücksichtigt werden müssen.

c) Entscheidend ist für die Brauchbarkeit der wirtschaftlichen Prognose, daß die dem Modell zugrundeliegenden Annahmen auch in der Wirklichkeit vorliegen. Denn die wirtschaftswissenschaftlichen Theorien, auf denen die analytischen Prognosen aufbauen, können schon per definitionem nur dann Gültigkeit beanspruchen, wenn ihre jeweiligen Voraussetzungen gegeben sind. Der Rechtsanwender hat daher, wenn er sich zur Vornahme seiner Prognose wirtschaftswissenschaftlicher Modelle und Theorien bedient², sorgfältig zu prüfen, ob deren Voraussetzungen auch in dem rechtlich zu entscheidenden Einzelfall anzutreffen sind³. Ist dies nicht der Fall, so ist der wirtschafts-

1 Siehe oben S.81ff.

2 In der Regel sollte die Prognose mit Hilfe eines Sachverständigen erstellt werden, vgl. dazu unten S.121ff.

3 Zu diesem Erfordernis Oliver Axster, WuW 1976, S.168ff.; Erlinghagen, Festschrift für Hartmann, S.98; Hintze, WuW 1970, S.578ff.; ders., Festschrift für Hartmann, S.191f.; Thomas Marx, WuW 1975, S.625, Offterdinger, S.7; von Köhler, NJW 1971, S.1539; Sambuc, S.130.

wissenschaftliche Lehrsatz als Basis einer Prognose von vornherein auszuschneiden.

d) Schließlich ist anzumerken, daß die herangezogenen wirtschaftswissenschaftlichen Theorien - wie in anderen Wissenschaftsbereichen auch - von umstrittener Natur sein können¹. Dies wirft für den Juristen besondere Probleme auf. Vielleicht wird er von seinem Ausbildungsstand her noch in der Lage sein, festzustellen, ob die Voraussetzungen eines Modells auch in dem zu entscheidenden Rechtsstreit vorliegen, obwohl selbst dies bei der Notwendigkeit einer umfassenden Marktanalyse erhebliche, die Fähigkeiten des Juristen übersteigende Schwierigkeiten hervorrufen kann. Eventuell wird er auch eine Überprüfung der wirtschaftstheoretischen Überlegungen auf ihre Folgerichtigkeit hin vornehmen können. Indessen kann ihm nicht die Aufgabe zukommen, konträre Auffassungen der Wirtschaftswissenschaftler quasi als "Obergutachter" zu entscheiden.

Hat sich keine eindeutig "herrschende Meinung" gebildet, darf die Verwendung von in ihrem Fachgebiet umstrittenen Erkenntnissen nur mit äußerster Zurückhaltung erfolgen².

Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn sich der Gesetzgeber bestimmte Erfahrungssätze eindeutig zu eigen gemacht hat. Dies ist beispielsweise mit den neuen Vermutungen des § 23a GWB in weitem Umfang geschehen. So ist der Gesetzgeber z.B. durch Schaffung des § 23a I Nr.1a GWB der Theorie gefolgt, wonach das Eindringen eines Großunternehmens in einen mittelständisch strukturierten Markt mit hoher Wahrscheinlichkeit zu "negativen Veränderungen der Wettbewerbsstruktur"³

1 Hierauf weist Pfeiffer, S.11, hin.

2 Ebenso Oliver Axster, a.a.O., S.169.

3 So die Regierungsbegründung, BT-Drecks. 8/2136, S.20.

führt¹. Dieser gesetzgeberischen Entscheidung kann sich der Rechtsanwender wegen des verfassungsrechtlichen Prinzips des "Vorrangs des Gesetzes" (Art.20 III GG) nicht verschließen.

In derartigen Fällen ist daher, ungeachtet eventuell weiter bestehender Meinungsdivergenzen in der Nationalökonomie, von dem gesetzlich abgesehenen Erfahrungssatz auszugehen².

V. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen haben ergeben, daß den vorgestellten Prognosemethoden jeweils spezifische Vor- und Nachteile innewohnen. Keine Methode führt zu hundertprozentig sicheren Vorhersagen. Generell geht mit steigender Prognosegenauigkeit und wissenschaftlicher Nachprüfbarkeit ein steigender Zwang zu umfassender Tatsachenermittlung sowie ein vermehrter Zeit- und Kostenaufwand einher.

Zur Erlangung einer optimalen Prognosegenauigkeit scheint - wegen der gegenseitigen Kontrolle der Ergebnisse - ein Methodenpluralismus angebracht³, welcher auch weitgehend praktiziert wird. Kaum eines der oben aus Gründen einer systematischen Darstellung getrennt abgehandelten Prognoseverfahren läßt sich in der Praxis "in Reinkultur" vorfinden. Vielmehr findet eine Vermischung der Prognosemethoden bis in die theoretischen Konzeptionen statt⁴.

1 Erhebliche Zweifel an der Geltung der dem § 23a GWB zugrundeliegenden Erfahrungssätze äußert Harms, Fusionskontrolle, S.74 sowie ders., Größenkriterien, S.15.

2 Zum Charakter der Vermutungen als gesetzlich anerkannte, prognosebegründende Erfahrungssätze im einzelnen unten, S.125ff.

3 Krelle auf der Arbeitstagung des Vereins für Socialpolitik, Garmisch-Partenkirchen 1961, zitiert nach Bochart, Bericht, S.473; Picot, DB 1977, S.2151; Philipp, S.156; Rothschild, S.146; Schöpf, S.155 m.w.Nachw.; Weippert, S.168; Vajna, S.135.

4 Vajna, S.135.

Besondere Bedeutung kommt bei der Vorhersage ökonomischer Vorgänge naturgemäß den auf Kausalzusammenhängen aufbauenden, analytischen Modellprognosen zu, wenngleich darauf zu achten ist, daß diese gewissenhaft auf das Vorhandensein der Modellvoraussetzungen in der Wirklichkeit überprüft werden.

D. TRANSFORMIERUNG DER THEORETISCHEN LÖSUNGSMETHODEN IN DIE JURISTISCHE ENTSCHEIDUNGSPRAXIS

Wie die Ausführungen des vorstehenden Abschnittes dieser Untersuchung gezeigt haben, stellen die Wirtschaftswissenschaften ein vielfältiges Instrumentarium zur Vornahme von Vorhersagen zur Verfügung. Zwar sind keine absolut sicheren Prognosen möglich; insbesondere die analytischen, auf wirtschaftlichen Erfahrungssätzen aufbauenden Methoden können jedoch brauchbare Wahrscheinlichkeitsurteile hervorbringen.

Es stellt sich nun die Frage, wie sich der Jurist die Erkenntnis der wirtschaftlichen Kausalgesetzmäßigkeiten, auf denen diese Prognosemethoden aufbauen, aneignen kann. Eine Problematik, die sowohl das kartellbehördliche als auch das gerichtliche Verfahren betrifft.

1. Heranziehung von Gutachtern

Eine der Möglichkeiten, zu einer fundierten Prognosentscheidung zu gelangen, ist die, Sachverständige hinzuziehen und - etwa vor jeder Fusionskontrollentscheidung - ein wirtschaftswissenschaftliches Gutachten zur voraussichtlichen Marktentwicklung einzuholen. Soweit das Verfahren noch bei der Kartellbehörde abhängig ist, könnte dabei sogar auf externe Gutachter verzichtet werden. Die Prognose könnte von den im Bundeskartellamt tätigen Volks- und Betriebswirten, deren Zahl in den

vergangenen Jahren ständig gestiegen ist¹, angefertigt werden.

Demgegenüber kann im gerichtlichen Verfahren, wo eine interne Wissensvermittlung nicht möglich ist - die Spruchkörper sind nach wie vor ausschließlich mit Juristen besetzt - der Weg des Sachverständigenbeweises zur Ermittlung der einschlägigen Erfahrungssätze beschritten werden.

Weitergehend wird die Meinung vertreten, daß dem Richter sogar eine Pflicht zur Sachverständigenbestellung obliege. Er habe sich der eigenständigen Anwendung eines Erfahrungssatzes dann zu enthalten, wenn dessen Beurteilung Fachkenntnisse - im vorliegenden Sachzusammenhang kommen in erster Linie solche der Wirtschaftswissenschaften in Betracht - erfordere².

Dieser Ansicht kann jedoch in ihrer Absolutheit nicht gefolgt werden³. Es existieren keinerlei Vorschriften prozessualer Art, die dem Gericht vorschreiben, einen Sachverständigenbeweis zu erheben. Vielmehr ist die Entscheidung über Ob und Wie der Sachverständigenbestellung in das Ermessen des Gerichts gestellt⁴. Dies bedeutet, daß die Vorzüge und Nachteile der Beweismittel gegeneinander abgewogen werden müssen. Die Einholung von Sachverständigengutachten kann aber im Einzelfall durchaus auch mit erheblichen Nachteilen verbunden sein, welche die Vorteile überwiegen. Sachverständige kosten Zeit und Geld. In vielen Fällen werden sich unterschiedliche Expertenmeinungen ausmachen lassen, so daß die Gefahr von "Gutachterkriegen" besteht. Der Aufwand wird oft außer Verhältnis zur Tragweite der Entscheidung stehen.

1 Dazu Griesbach, WuW 1971, S.813ff., der mit seinen weitergehenden Forderungen jedoch die spezifisch juristische Aufgabenstellung des Bundeskartellamtes verkennt.

2 Oliver Axster, WuW 1976, S.165.

3 Ablehnend auch Karsten Schmidt in Immenga-Mestmäcker, § 69 GWB Rdn.5; Junge in GK § 69 Anm.1.

4 Rosenberg-Schwab, § 124 III 2a und b zur ZPO; Kopp § 86 VwGO Rdn.8f zur VwGO.

Es besteht insoweit ein Zielkonflikt zwischen Prognosegenauigkeit - welche sich durch die Einschaltung von Sachverständigen u.U. steigern läßt - und angemessener Verfahrensdauer - welche durch das Rechtsstaatsprinzip gefordert wird. Unter Abwägung dieser Ziele kann nur im Einzelfall entschieden werden, ob die Einholung dieses Gutachtens der adäquate Weg ist, Grundlagen für eine abgesicherte Prognoseentscheidung zu schaffen. Dabei wird ein wirtschaftswissenschaftliches Gutachten, da es der Verbreiterung der Informationsbasis dient, in der Regel der Sachverhaltsfeststellung durchaus dienlich sein und unter Berücksichtigung des Amtsermittlungsgrundsatzes als geboten erscheinen¹. Es existieren aber Ausnahmen von dieser Regel. Sind schnelle Entscheidungen notwendig, z.B. bei der sog. Sanierungsfusion, wenn eines der beteiligten Unternehmen unmittelbar vor dem Zusammenbruch steht, wird man ohne umfassende gutachterliche Voruntersuchungen auskommen müssen.

Dementsprechend hat das Bundeskartellamt im Fusionsfall Bronner/ Tengelmann² ausdrücklich der Schnelligkeit der Entscheidung Vorrang vor einer umfassenden Sachaufklärung eingeräumt, weil das Unternehmen Bronner als akut gefährdet erschien.

Schließlich muß in den Fällen, in denen eine Sachverständigenbestellung geboten ist, darauf geachtet werden, daß sich das Gutachten auf die Tatsachenermittlung sowie auf die Vermittlung der einschlägigen wirtschaftlichen Erfahrungssätze beschränkt. Die rechtlichen Konsequenzen aus dem so gewonnenen Befund zu ziehen, obliegt allein dem Richter³.

1 Moosecker, GRUR 1978, S.524, gibt daher den Beteiligten aus der Sicht des Rechtsanwaltes den Rat, von sich aus auf ein wirtschaftswissenschaftliches Gutachten zur Zukunftsprognose hinzuwirken.

2 Siehe FAZ vom 23.4.1981, S.15.

3 BGH, DB 1970, S.1381.

II. Eigene Sachkunde des Rechtsanwenders

Neben oder anstelle der Heranziehung eines wirtschaftswissenschaftlichen Gutachters kann sich der Rechtsanwender - was unter der Geltung der im Kartellrecht herrschenden Officialmaxime (§ 69 I GWB), die den Freibeweis zuläßt, rechtlich unbedenklich ist¹ - auch durch eigenes Literaturstudium² oder durch Verwendung von Erkenntnissen aus anderen Verfahren hinreichend sachkundig machen. Die wertvollen, häufig in jahre- und jahrzehntelanger Tätigkeit angesammelten einschlägigen Erfahrungen der Kartellrichter, -rechtsanwälte und -beamten können daher für zukünftige Verfahren nutzbar gemacht werden. Stets ist jedoch bei der Verwertung dieses Wissens zu überprüfen, ob die Voraussetzungen, unter denen die herangezogenen Theorien Geltung beanspruchen, auch tatsächlich im konkreten Fall gegeben sind.

Die Grenzen des autodidaktischen Vorgehens bestimmen sich anhand des Ausbildungsstandes und der zeitlichen Belastbarkeit des Juristen einerseits sowie der Kompliziertheit des zu beurteilenden Falles andererseits. Eine Nachvollziehbarkeit der vom Richter im Wege des Freibeweises gewonnenen Erkenntnisse wird dadurch gewährleistet, daß der Richter nach der Rechtsprechung des BGH verpflichtet ist mitzuteilen, worauf seine Fachkenntnis beruht, wenn auf Wissen abgestellt wird, welches außerhalb des Bereichs der allgemeinen Lebenserfahrung angesiedelt ist³. Dies dürfte bei ökonomischen Erfahrungssätzen in der Regel der Fall sein.

Im Hinblick auf die weitere Frage, inwieweit die von den Untergerichten herangezogenen wirtschaftlichen Wertungen und Erfahrungssätze vom BGH überprüft werden können, wird auf die

1 Zum Beweis von Erfahrungssätzen vgl. BGH, JZ 1968, 670; BGHZ 66, 69; Rosenberg/Schwab, § 116 II 2; Wieczorek, § 282 B II a 3; Hintze, Festschrift für Hartmann, S.191; Thomas Marx, WuW 1975, S.623.

2 BGH, VSR 1977, S.820.

3 BGH, JZ 1968, S.670; BGHZ 66, 69.

Ausführungen zur "Kontrolldichte" in Teil III dieser Arbeit verwiesen¹.

III. Die Vermutungen als gesetzlich anerkannte, prognosebegründende Erfahrungssätze

1. Vermutungsregelungen als Prognosehilfe

Ein wichtiges Zwischenergebnis der vorangegangenen Abschnitte dieser Untersuchung besteht in der Erkenntnis, daß wirtschaftliche Erfahrungssätze zur Gewinnung der benötigten Pronosen einerseits unerlässlich, andererseits aber schwer einer gesicherten Feststellung zugänglich sind. Es fragt sich daher, auf welche Weise dem Rechtsanwender verbindliche Hilfen und Richtlinien an die Hand gegeben werden können.

Eine der Lösungsmöglichkeiten besteht darin, allgemein anerkannte Erfahrungssätze in das Gesetz aufzunehmen und zur Grundlage von Vermutungen zu machen. Diesen Weg ist der Gesetzgeber im Rahmen der Zusammenschlußkontrolle mit der Einfügung der Vermutungen des § 23a I GWB gegangen.

Diese Vermutungen, die von den einen heftig begrüßt², von den anderen ebenso heftig bekämpft wurden³, drücken "gesetzgeberische Tatsachenerwartungen"⁴ aus. Sie beruhen auf anerkannten Theorien und Erfahrungssätzen bzw. jedenfalls auf solchen, die der Gesetzgeber für verbindlich und anerkanntenswert gehalten hat.

So basiert zum Beispiel die Eindringensvermutung des § 23a I Nr.1a GWB ausweislich der Regierungsbegründung⁵ vor allem

1 Vgl. unten S.170ff.

2 Wolf-Wallraff, BFuP 1979, S.229ff.; Schultz, WuW 1981, S.102ff.; Emmerich, Kartellrecht (Nachtrag 1980), S.3.

3 Harms, Fusionskontrolle, S.72ff.; Schütz, DB 1979, S.197ff.; Kaiser, WuW 1978, S.344ff.

4 Wie das Rupert Scholz, Konzentrationskontrolle, S.94, im Hinblick auf § 22 II GWB formuliert hat.

5 BT-Drcks. 8/2136, S.20.

auf der Annahme, daß das Eintreten eines Großunternehmens in einen mittelständisch strukturierten Markt zu einer Ressourcenverstärkung sowie in der weiteren Folge dazu führt, daß sich weitere Unternehmen ebenfalls einem Großunternehmen anschließen werden. Dies zieht eine zunehmende Vermachtung der Märkte nach sich, welche in der Entstehung eines marktbeherrschenden Oligopols gipfeln kann.

Die Kombinationsvermutung des § 23a I Nr.1b GWB geht davon aus, daß einem Marktbeherrscher durch den Zusammenschluß mit einem Großunternehmen (mindestens 2 Mrd. Jahresumsatz) eine Ressourcenverstärkung zukommt; eine Vermutung, von der z.B. der bekannte Sachs/GKN-Fall erfaßt worden wäre.

Schließlich steht hinter § 23a I Nr.2 GWB die Vorstellung, daß "Elefantenhochzeiten" (Gesamtumsatz der beteiligten Unternehmen mindestens 12 Mrd. p.a.) wegen der Vielzahl der tangierten Märkte und der Zusammenfassung der Ressourcen über kurz oder lang in jedem Falle zur Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Positionen führen.

Es ist also festzustellen, daß die Vermutungen des § 23a I GWB - obwohl sie auf reine Umsatzgrößenkriterien abstellen - weitreichende wirtschaftstheoretische Überlegungen zur Grundlage haben, welche auf für verbindlich gehaltenen Erfahrungssätzen¹ basieren.

2. Die Grenzen der Vermutungen

Diese Erkenntnis ist bedeutsam für die nach einhelliger Auffassung² mögliche Widerlegung der Vermutungen. Nach dem im

1 Harms, a.a.O., S.74f., hält die zugrundeliegenden Erfahrungen für unzureichend.

2 Regierungsentwurf, BT-Drsks. 8/2136, S.13; Emmerich, Kartellrecht (Nachtrag 1980), S.5; Schultz, WuW 1981, S.105; Wolf-Wallraff, BFuP 1979, S.238f.; Bechtold, S.168; Blechman, GRUR Int. 1980, S.648; Harms, Größenkriterien, S.14ff.; ders. in GK § 23a GWB Rdn.2 a.E.; eingehend Kleb, S.176ff., mit Aufzählung von Widerlegungsmöglichkeiten.

Kartellrecht geltenden Amtsermittlungsgrundsatz (§ 69 I GWB) haben die Kartellbehörden von sich aus alle Umstände zu erfor-
schen, die für eine Widerlegung sprechen. Damit nicht die Be-
fürchtungen derer Wirklichkeit werden, die vor der Einführung
des § 23a GWB vor der "faktischen Unwiderlegbarkeit"¹ der
Vermutungen gewarnt haben, ist eine Bestimmung der Reich-
weite dieser Pflicht erforderlich.

Den Schlüssel dazu liefert das Wesen der Vermutungen als ge-
setzlich normierte, prognosebegründende Erfahrungssätze. Als
solche dienen sie keiner materiellen Verschärfung der Fusions-
kontrolle², sondern haben den alleinigen Zweck, die im Rahmen
des § 24 I GWB vorzunehmende Prognose zu erleichtern. Dies
geschieht dadurch, daß sie den Weg öffnen für die Anwendung³
vom Gesetzgeber anerkannter und daher nicht mehr beweisbe-
dürftiger wirtschaftlicher Erfahrungssätze. Ob die Prämissen,
unter denen diese Erfahrungssätze Geltung beanspruchen, im
konkreten Fall vorliegen, ist vom Rechtsanwender gewissenhaft
zu prüfen. Erst nachdem dieser Schritt getan worden ist, kann
eine Entscheidung auf der Basis jener Vermutungen getroffen
werden. Die Vermutungen erleichtern somit nicht die Arbeit des
Rechtsanwenders bei der vollständigen Ermittlung des entschei-
dungserheblichen Sachverhaltes, sondern entlasten ihn erst auf

1 Schütz, DB 1979, S.198; Kaiser, WuW 1978, S.357ff.

2 Ebenso Harms, Größenkriterien, S.16ff.; ders. in GK, § 23a
GWB Rdn.61ff.; Kleb, S.110, S.175; Wolf-Wallraff, a.a.O.,
S.233ff.; Maier-Reimer, GRUR 1980, S.971 im Einklang mit
der Regierungsbegründung, a.a.O.

A.A. Mestmäcker in Immenga-Mestmäcker § 23a GWB Rdn.9.
Vorsichtig werden materielle Rückwirkungen auch von Nie-
derleithinger, S.54, bejaht.

Im einzelnen ist die Reichweite der Vermutungen äußerst
umstritten (vgl. Harms in GK § 23a GWB Rdn.55ff. m.w.
Nachw.). Unabhängig davon, ob man ihnen materielle Quali-
tät beimißt oder nicht, sind sie jedenfalls immer schon dann
widerlegt, wenn die Voraussetzungen, auf denen die den
Vermutungen zugrundeliegenden Theorien beruhen, in der
konkreten Fallgestaltung nicht vorliegen.

3 Der Wirtschaftsausschuß, BT-Drucks. 8/3690, S.26, linke
Spalte, spricht von einer "deutlichen Orientierungshilfe".

der zweiten Ebene der Prognoseerstellung, nämlich bei der Vornahme des wertenden, zukunftsgerichteten Schlusses.

Auch wenn die reinen Umsatzgrößenkriterien des § 23a GWB vorliegen, ist im Rahmen der Widerlegung also stets zu prüfen, ob auch die weiteren Voraussetzungen der hinter den Vermutungen stehenden Theorien gegeben sind. So ist z.B. bei den sog. "Ressourcenvermutungen" zu ermitteln, ob tatsächlich übertragbare Ressourcen zur Verfügung stehen. Dies kann trotz Erfüllung der in den Vermutungen aufgeführten Umsatzzahlen insbesondere bei ausländischen Unternehmen¹ (hoheitliche Kapitaltransferbeschränkungen) oder bei finanzschwachen, aber umsatzstarken Unternehmen² (Fusion mit dem "kranken Riesen") problematisch sein.

Ebenso kann von einer Verschlechterung der Marktstruktur i.S. der "Eindringensvermutung" trotz Vorliegens der entsprechenden Umsatzgrößenverhältnisse dann nicht gesprochen werden, wenn ein Großunternehmen die Beteiligung eines anderen Großunternehmens übernimmt und mithin lediglich ein Austausch stattfindet³.

Des weiteren ist nach der ständigen Rechtsprechung des BGH⁴ generell zu berücksichtigen, ob es sich bei der Beteiligung lediglich um eine Finanzanlage handelt.

In all diesen Beispielsfällen, die wegen der Vielzahl der möglichen Bedingungskonstellationen nur exemplarischen Charakter haben und keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit erheben können, liegen Umstände des Einzelfalls vor, welche die Vor-

1 Vgl. Schultz, WuW 1981, S.107.

2 Hierauf weist Kaiser, WuW 1978, S.356 mit Nachdruck hin; vgl. auch Harms, Größenkriterien, S.15.

3 Schultz, a.a.O., S.105.

4 Siehe z.B. BGHZ 71, 120 ("Sachs/GKN").

5 Weitere Beispiele für die Widerlegung der Vermutungen bei Harms in GK § 23a GWB Rdn.143ff., 180ff., 224ff., 280ff. sowie bei Kleb, S.176ff.

aussetzungen verändern, unter denen die hinter den Vermutungen stehenden prognosebegründenden Erfahrungssätze nur Gültigkeit haben.

Die Kartellbehörde hat daher, will sie sich auf diese Vermutungen stützen, zuvor - in den Grenzen, die sich daraus ergeben, daß die Behörde als marktferne Institution auf Angaben der Unternehmen angewiesen ist¹ - Ermittlungen hinsichtlich dieser Umstände vorzunehmen. Wenn die den Vermutungen zugrundeliegenden Prämissen im konkreten Fall nicht gegeben sind, sind die Vermutungen widerlegt.

Die scharfen Umsatzgrößenkriterien des § 23a I GWB kommen daher lediglich dann zum Zuge, wenn sich als Resultat der Ermittlungen ein non liquet ergibt. Für diesen Fall hat die 4. Kartellgesetznovelle eine Umverteilung der "materiellen Beweisfolge" ² zu Lasten der Unternehmen gebracht³.

3. Differenziertere Vermutungen als Vorschlag de lege ferenda

Die oben beispielhaft aufgezeigten besonderen Umstände, welche zur Widerlegung der Vermutungswirkung führen können, weisen deutlich auf eine Schwäche der de lege lata vorhandenen Vermutungstatbestände hin. Diese stützen sich nämlich im wesentlichen auf reine Umsatzgrößenkriterien und vernachlässigen daneben alle anderen wettbewerbsrelevanten Umstände. Dies führt zwar dazu, daß die Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen sich auf wenige Punkte (Umsätze der beteiligten Unternehmen und Umsatzrelationen) beschränkt; es hat aber andererseits zur Folge, daß sich die Voraussetzungen der

1 Vgl. BGH, WuW/E BGH 993 ("Papierfiltertüten"); WuW/E BGH 1287 ("Asbach-Uralt"); zustimmend Niederleithinger, S.54.

2 Wolf-Wallraff, BFuP 1979, S.238.

3 Darüber herrscht weitgehende Einigkeit, vgl. Wolf-Wallraff, a.a.O.; Emmerich, Kartellrecht (Nachtrag 1980), S.5; Kaiser, WuW 1978, S.359; Nagel, DB 1979, S.1024.

Vermutungen nicht mit denen der diesen zugrundeliegenden wirtschaftswissenschaftlichen Theorien decken. Die mit den Vermutungen intendierte Prognoseerleichterung wird auf diese Weise nur zum Teil erreicht, denn der zur umfassenden Ermittlung verpflichtete Jurist kann nicht bei der Prüfung des ausdrücklich in der Vermutung genannten Kriteriums - der Unternehmen Größe - stehen bleiben, sondern muß sich darüber hinaus Gedanken über die weiteren (ungeschriebenen) Voraussetzungen der anzuwendenden Theorie machen, wenn er nicht zu Fehlbeurteilungen gelangen will.

Fraglich ist daher, ob es sich de lege ferenda empfiehlt, weitere, auf anerkannte wirtschaftswissenschaftliche Theorien gestützte Vermutungen in das GWB aufzunehmen bzw. die jetzigen Regelungen zu präzisieren. Dabei wäre an differenziertere Tatbestände zu denken, welche eine Abkehr vom "groben Klotz" der Umsatzgrößen¹ bewirken.

Dem wird entgegengehalten werden, daß das jetzige Regelungs-
werk kompliziert genug sei und daß es den Beteiligten nicht zugemutet werden könne, unmittelbar nach der vierten GWB-Novelle eine fünfte zu verarbeiten². Daran ist zutreffend, daß es sinnvoll erscheint, erst einmal die Erfahrungen mit § 23a GWB abzuwarten, ehe man weitergehende Regelungen einführt. Nur so kann sich eine im Interesse der Rechtssicherheit notwendige gefestigte Entscheidungspraxis entwickeln.

Andererseits hätten differenziertere Vermutungsregelungen den Vorteil, daß sie den Rechtsanwender - was die Problematik der Verwertung wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnis anbelangt - zu einer umfassenden, abgewogenen und theoretisch haltbaren Urteilsbildung zwingen. Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn die Vermutungsregelungen auch Aussagen über die Widerlegungsmöglichkeiten treffen würden.

1 Gegen das Abstellen auf reine Größenkriterien scharf Schütz, DB 1979, S.138, der darin eine Abkopplung vom Marktmachtkonzept sieht.

2 Dezidiert gegen eine "Kartellrechts-Politik des kurzen Atems", Harms, Fusionskontrolle, S.81.

Dadurch könnte atypischen Einzelfällen besser Rechnung getragen werden als durch die "Schneidigkeit" der reinen Größenkriterien, die oft den Blick auf die dahinterstehenden Theorien verdecken und die Frage nach besonderen Umständen gar nicht aufkommen lassen.

4. Die Praxis der Kartellbehörden und Gerichte

Solange derartige Vermutungen noch nicht Gesetz geworden sind, und vieles spricht dafür, daß sie es angesichts einer gewissen Reformmüdigkeit des Gesetzgebers und der gegenwärtigen rezessionsbestimmten wirtschaftlichen Verhältnisse in absehbarer Zeit nicht werden, liegt die Verantwortung für die richtige Einzelfallentscheidung¹ in besonderem Maße bei Gerichten und Kartellbehörden.

Daß sie diese zu tragen in der Lage sind, beweisen mehrere neuere Fälle.

a) Richtungsweisend ist die - allerdings in erster Linie die Vermutungen des § 22 III GWB betreffende - Klöckner-Becorit-Entscheidung des BGH². Dort hatte der BGH unter Berufung auf die bereits in den Entscheidungen "Kfz.-Kupplungen"³ sowie "Hydrostatische Antriebe"⁴ angedeuteten Rechtsgedanken klargestellt, daß die bloße Addition von Marktanteilen nicht

1 Die Bedeutung der Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles wird auch von Mestmäcker in Immenga-Mestmäcker, § 24 Rdn.18 a.E. (hier scheint ein Druckfehler vorzuliegen, es soll wohl Rdn.19 heißen; d.Verf. dieser Untersuchung) besonders herausgestellt. Die von Mestmäcker an anderer Stelle (a.a.O., § 23a GWB, Rdn.9) vertretene Auffassung, es handle sich bei den Vermutungen des § 23a GWB um Gefährdungstatbestände materieller Bedeutung, steht hierzu in einem gewissen Widerspruch.

2 BGH, WuW/E BGH 1755.

3 BGHZ 71, 102ff.

4 BGHZ 77, 279, 292.

ausreicht, um die Prognose vorzunehmen, daß den sich zusammenschließenden Unternehmen infolge des Zusammenschlusses ein zukünftiger, auf Dauer angelegter überragender Verhaltensspielraum zuwächst. Es sei vielmehr eine Gesamtwürdigung aller wettbewerbsrelevanten Umstände vorzunehmen¹.

Dieses Postulat hat jedoch nicht nur Bedeutung für die Vermutungen des § 22 III GWB, sondern muß für die in Struktur und Zweck vergleichbaren Vermutungstatbestände des § 23a GWB in gleicher Weise gelten².

Die Gesamtheit der wettbewerbsrelevanten Umstände kann aber nur dann berücksichtigt werden, wenn die Ermittlungen der Kartellbehörden sich von einer Fixierung auf die holzschnittartigen Umsatzgrößenkriterien dieser Normen lösen und die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles umfassend würdigen, wobei vor allem dem Fusionstypus eine bedeutende Rolle zukommt. Insbesondere die eingehenden Analysen, welche die amerikanischen Gerichte zur Grundlage ihrer Entscheidungen gemacht haben, haben gezeigt, daß die spezifische Wirkung eines Konzentrationsvorganges höchst unterschiedlich sein kann, je nachdem, ob es sich um einen horizontalen, vertikalen oder konglomeraten Zusammenschluß handelt³.

b) Auch das Bundeskartellamt hat in der Thomson-Brandt/Saba-Entscheidung⁴, in der die Oligopolvermutung des § 23a II GWB erfüllt war, die Erwartung des Entstehens oder der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gleichwohl unter

1 BGH, WuW/E BGH 1755; zustimmend Oliver Axster-Weber, GRUR 1981, S.371 und Mestmäcker in Immenga-Mestmäcker § 24 GWB Rdn.19 und 32.

2 Ebenso Authenrieth, DB 1981, S.1028; a.A. anscheinend Bechtold, NJW 1981, S.2673.

3 Vgl. hierzu Möschel, RabelsZ 1980, S.203ff. sowie Sandrock, Gutachten.

4 HB 18./19.7.1980, S.5.

Hinweis auf die besonderen Umstände des Einzelfalles in zutreffender Weise verneint. Entscheidend war dort, daß auf dem relevanten Markt für Großfarbfernsehgeräte infolge des auslaufenden PAL-Patentschutzes mit dem Erscheinen japanischer Konkurrenten zu rechnen war, welche in den anderen Bereichen der Unterhaltungselektronik (Hifi-Geräte, Fernseh-Portables) bereits über erhebliche Marktanteile verfügten.

c) Andererseits sind beim Bundeskartellamt aber auch entgegengesetzte Tendenzen zu beobachten. Zu nennen ist hier das Verfahren Texaco/Zerssen¹. Das Bundeskartellamt begründete seine Untersagungsverfügung in dieser Sache damit, daß die 16 in der Bundesrepublik Deutschland tätigen Mineralölunternehmen mit eigenen Raffinerien ein marktbeherrschendes Oligopol i.S. des § 22 II GWB darstellten.

Der Nachweis fehlenden Binnenwettbewerbs wurde dabei nur anhand sehr grober Strukturmerkmale zu führen gesucht. Dies wurde von Klaue² in der Verhandlung vor dem Kammergericht damit gerechtfertigt, daß das GWB auf eine "Pauschalierung der Betrachtungsweise" angelegt sei; eine Ansicht, welche beim Kammergericht keine Zustimmung fand³ und die wohl auch mit der ausdrücklich im Gesetz niedergelegten Amtsermittlungsmaxime (§ 69 I GWB) nicht vereinbar sein dürfte.

Dieses Beispiel zeigt auf, wie groß die Versuchung ist, vorschnell auf die Vermutungen abzustellen und dabei wichtige Gesichtspunkte des Einzelfalles außer acht zu lassen.

1 BKartA, WuW BKartA 1840ff.

2 Zitiert nach FAZ vom 19.9.1981, S.14.

3 FAZ, a.a.O.

5. Vermutungen und Rechtssicherheit

Derartige Gefahren wären bei stärker differenzierenden Vermutungen geringer.

Zudem ist darauf hinzuweisen, daß dem Gesetzgeber für "bewußt angesetzte Regelungsexperimente"¹ prognostischer Art die zuvörderste Kompetenz zukommt², so daß das freihändige Lavieren der Rechtsprechung gegenüber einer gesetzlichen Regelung nur die zweitbeste Lösung darstellen kann.

Weiterhin kann eine in den Auswirkungen vorhersehbare differenzierende Vermutungsregelung auch der Rechtssicherheit besser Rechnung tragen als eine möglicherweise schwankende, allein auf Generalklauseln basierende Entscheidungspraxis. Es ist insoweit Ralsch³ zuzustimmen, der in einer Anreicherung der GWB-Tatbestände mit konkreten Zahlenangaben einen wesentlichen Beitrag zur Verbesserung der Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit sieht. Nur dürfen diese Zahlen nicht einseitig bestimmte Faktoren herausgreifen, wie das die jetzigen Umsatzgrößenkriterien des § 23a I GWB tun und demgegenüber andere, weniger leicht quantifizierbare Umstände (z.B., ob tatsächlich ein Ressourcentransfer beabsichtigt und möglich ist) vernachlässigen. Wenn dem entgegengehalten werden sollte, daß differenziertere Vermutungen zu einer Komplizierung der Rechtsanwendung führen, so läßt sich dieser Vorwurf zwar nicht leugnen. Die Kompliziertheit folgt aber aus den Schwierigkeiten eines marktmachtbezogenen und damit notwendigerweise auf einer Prognose basierenden Kartellrechts. Sie besteht unabhängig davon, ob einschlägige Erfahrungssätze als Basis von Vermutungen in das Gesetz aufgenommen werden oder nicht. Wirtschaftsprognosen sind nun einmal - dies kann aufgrund der

1 So Rittner zur Fusionskontrolle, DB 1970, S.674.

2 Rittner, DB 1970, S.710f.; ebenso Rupert Scholz, Entflechtungen, S.227 unter Hinweis auf die "Wesentlichkeitstheorie" des BVerfG, BVerfGE 49, S.126ff.

3 Ralsch, Festschrift für Flume II, S.239.

vorangegangenen Abschnitte dieser Untersuchung bereits hier festgehalten werden - höchst kompliziert. Unkompliziertheit ließe sich nur durch einen generellen Verzicht auf kartellrechtliche Maßnahmen oder durch undifferenzierte Verbote erreichen. Solange an dem im Interesse von Einzelfallgerechtigkeit und Wettbewerbsschutz vorzuziehenden Mittelweg der Marktmachtorientierung festgehalten wird, ist es für die betroffenen Behörden und Unternehmen eine Hilfe, durch die Vermutungen wenigstens der Fragestellung enthoben zu werden, welche wirtschaftswissenschaftlichen Theorien überhaupt bei der kartellrechtlichen Beurteilung herangezogen werden dürfen.

In dieser begrenzten Funktion, als Ausdruck gesetzlicher "Entwicklungserwartungen"¹, sind differenzierte Vermutungen durchaus sinnvoll und, da sie die Möglichkeit einer Berücksichtigung der Gegebenheiten des Einzelfalles unangetastet lassen, auch mit der *Offizialmaxime* zu vereinbaren.

Als Beispiel für die Möglichkeit, differenziertere Vermutungen zu bilden, sei hier nur der Bereich der unter der Herrschaft des Marktmachtkonzeptes schwer zu erfassenden vertikalen Konzentration angeführt. Zwar werden vertikale Konzentrationsfälle auch von den Größenkriterien des § 23a I GWB erfaßt, jedoch nur in einer Weise, welche die spezifischen Wirkungen dieses Fusionstypus außer acht läßt. Diese spezifischen Wirkungen und Gefahren vertikaler Konzentrationen, z.B. der sog. *foreclosure-effect*² oder das *squeezing*³ nicht integrierter Wettbewerber lassen sich - besser als durch Umsatzzahlen - durch eine Gegenüberstellung der Marktanteile auf den Märkten des Käufer- und des Lieferunternehmens sowie seiner Konkurrenten erfassen. Vorbild für eine Vermutungsregelung könnten hier die Kriterien der Ziffern 11 bis 16 der *merger-guidelines* des US-

1 Scholz, Entflechtung, S.236.

2 Vgl. Sandrock, Gutachten, S.82ff. m.w.Nachw.

3 Sandrock, a.a.O., S.86.

amerikanischen Justizministeriums¹ von 1968 sein². Zwar haben die merger-guidelines nur den Rang von Verwaltungsvorschriften, welche die Gerichte nicht binden³; dies schließt aber nicht aus, ihren materiellen Gehalt zur Leitlinie einer gesetzlichen Vermutungsregelung zu machen. Ebenso wie für den Bereich der vertikalen Konzentration ließen sich ähnliche Vermutungstatbestände z.B. auch für konglomerate Zusammenschlüsse schaffen.

IV. Prognosebegründende Zusagen

1. Das Instrument der Zusage in der Kartellrechtspraxis

Ein weiteres Mittel, die nach dem GWB erforderlichen Prognosen zu erleichtern, bietet für die Zusammenschlußkontrolle das von der Kartellrechtspraxis entwickelte Instrument der Zusage, welches heute weitgehend als rechtmäßig angesehen wird⁴.

-
- 1 Mit deutscher Übersetzung abgedruckt in WuW 1969, S.94ff.
 - 2 Nach Fertigstellung dieser Dissertation sind die merger-guidelines im Gefolge der Deregulation-Policy der Reagan-Administration gerade im Hinblick auf vertikale Fusionen erheblich entschärft worden. Inwieweit diese neuen guidelines die US-amerikanische Rechtsprechung beeinflussen werden, bleibt abzuwarten.
 - 3 So die US-amerikanische Rechtsprechung, vgl. U.S. v. Atlantic Richfield Co., 297 Fed.Supp. 1072 (1969) sowie Fruehauf Corp. v. Federal Trade Commission, 603 F.2d.353f. (2d.Cir.1978). Den hohen Stellenwert, den die merger-guidelines dessenungeachtet haben, dokumentieren die Entscheidungen Allis-Chalmers Manufacturing Co. v. White Consolidated Industries Inc., 414 F.2d.524 (3rd. Cir. 1969) und U.S. v. Hammermill Paper Co., 429 F.Supp. 1280f. (1977).
 - 4 BGH, AG 1979, S.135f.; Riesenkampff, WuW 1977, S.304; Satzky, ZHR 141 (1977), S.554ff.; Traumann passim; Kleinmann/Bechtold, § 24 Rdn.21; Feuring, WuW 1981, S.407; Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 24 Rdn.19; kritisch Monopolkommission, Hauptgutachten I, Tz.936ff. sowie Emmerich, AG 1976, S.193f.; ders., AG 1980, S.250.

Zwar sind vertragliche Zusageregelnungen nur zulässig, wenn die Kartellbehörden den Zusammenschluß untersagen könnten, so daß die Zusagen eine Prognose nach § 24 I GWB und ihr positives Ergebnis im Regelfalle voraussetzen. Es ist aber zube-rücksichtigen, daß Untersagungen in bestimmten Fällen, z.B. beim Eingreifen der Vermutungen des § 23a GWB, auch auf Basis eines non liquet möglich sind, also ohne eine gesicherte Prognose zur Grundlage zu haben. Dasselbe gilt, wenn sich die Prognose der Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen nach § 24 I letzter Halbsatz GWB nicht beweiskräftig stellen läßt. In diesen Fällen werden Zusagen oft geeignet sein, die erforderliche Prognose zu ermöglichen und Beweislastentscheidungen zu verhindern. Man könnte daher auch von tatbestandsausschließenden Zusagen sprechen.

Durch die mit der Zusage bewirkte Bindung der Unternehmen wird die Zukunftsentwicklung überschaubarer¹. Die Komplexität des Wettbewerbsgeschehens wird verringert, was eine Vereinfachung der Prognose bewirkt. Dieser prognoseerleichternde Effekt tritt aber nur dann ein, wenn sichergestellt ist, daß die Zusagen auch eingehalten werden. Nur wenn die dem Unternehmen mittels der Zusage auferlegte Bindung hinreichend fest ist, kann der Prognostiker davon ausgehen, daß die Unternehmen ihren in der Zusage ausgesprochenen Verpflichtungen auch nachkommen.

Unverbindliche Absichtserklärungen reichen daher nicht aus. Ebensowenig sind privatrechtliche Vereinbarungen zwischen den beteiligten Unternehmen als hinreichende Prognosegrundlage anzusehen, wenn sie von den Beteiligten aufgekündigt oder ohne Sanktionsfolge gebrochen werden können. Bei vertragsstrafe- oder schadensersatzbewehrten Vereinbarungen ist zu differenzieren: Sie können nur dann berücksichtigt werden,

1 Die a.A. von Emmerich, AG 1976, S.193f. ist nicht nachvollziehbar; dagegen mit Recht Harms, Fusionskontrolle, S.62 und Riesenkampf, a.a.O., S.296.

wenn die Sanktion unter Berücksichtigung der Finanzausstattung des Unternehmens schwerwiegend genug ist, um annehmen zu können, daß die Zusage mit überwiegender Wahrscheinlichkeit¹ erfüllt werden wird.

Das BKartA hat daher im Fall Bayer France/Firestone France² eine obligatorische Liefervereinbarung zu Recht als unerheblich angesehen.

Demgegenüber kann das für die Prognoseentscheidung erforderliche Maß an Verbindlichkeit in jedem Fall durch eine Zusage in Form einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung mit dem BKartA hergestellt werden. Dieses Verfahren hat sich auch nach anfänglichen Schwierigkeiten in der Kartellrechtspraxis eingespielt³ und Anerkennung vor dem BGH gefunden⁴.

2. Bedenken gegen diese Praxis

Trotz dieser höchstrichterlichen Absegnung der Zusagepraxis werden auch vielfach Bedenken vorgetragen.

a) Die erste Gruppe dieser Bedenken gründet sich auf die Befürchtung, daß im Rahmen der Zusageverhandlungen entweder von den Kartellbehörden nicht gerechtfertigte Zusagen gefordert⁵ oder hinter den gesetzlichen Anforderungen zurückbleibende Zusagen akzeptiert würden. Es bestehe die Gefahr einer "freundschaftlichen Kungelei"⁶ zwischen Unternehmen und Behörden.

1 Zum erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrad vgl. unten S.142ff.

2 WuW/E, BKartA 1837ff.

3 Vgl. zuletzt die Zusagen in den Papierhersteller-Fällen, WuW 1981, S.331ff. sowie die Darstellungen von Traumann, DB 1981, S.976ff. und Bechtold, NJW 1981, S.2673.

4 BGH, AG 1979, S.135ff.

5 Hierauf weist vor allem Harms, Fusionskontrolle, S.64, hin.

6 Mestmäcker, FAZ vom 2.1.1976, S.7; in derselben Richtung auch Feuring, WuW 1981, S.409.

Diese Argumente, die hier nur gestreift werden sollen, lassen sich aber verhältnismäßig leicht entkräften. Wegen des Grundsatzes der Gesetzesbindung der Verwaltung dürfen die Kartellbehörden nur solche Zusagen zur Grundlage einer Nicht-Untersagung machen, welche die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 24 I GWB ausräumen. Ein Ermessensspielraum, welcher als Manövriermasse für "Vergleichsverhandlungen" dienen könnte, existiert von Rechts wegen nicht. Die Kritik trifft daher nicht das Instrument der prognoseerleichternden Zusagen, sondern nur seine unsachgemäße Anwendung durch die Kartellbehörden¹. Die Gefahr einer fehlerhaften Kartellrechtsanwendung besteht aber unabhängig davon, ob man Zusagen für zulässig ansieht oder nicht.

Im übrigen lassen sich die pauschalen "Kungelei"-Vorwürfe anhand der bisherigen Zusagenpraxis jedenfalls nicht verifizieren.

b) Bedenken ergeben sich vielmehr aus einem anderen Gesichtspunkt. Es besteht die Gefahr, daß in die Zusageregulungen Vereinbarungen aufgenommen werden, welche zu einer laufenden Verhaltenskontrolle führen. Anders als bei den Auflagen im Rahmen der Ministererlaubnis (§ 24 III S.4 GWB) schließt das Gesetz eine laufende Kontrolle des Unternehmerverhaltens aufgrund von Zusagen nicht ausdrücklich aus. Verhaltenszusagen sind aber mit dem auf dezentraler Entscheidungsfindung basierenden System eines freien Wettbewerbs nicht vereinbar. Anstelle der dezentralen Planung träte die Steuerung durch das "heimliche Vorstandsmitglied"² Bundeskartellamt. Durch ein "Netz" von Zusageregulungen könnten ganze Industriezweige zu "regulated industries" gemacht werden³. Es entstünden wettbewerbsfreie, zentralgesteuerte Zonen. Um diesen Gefahren vorzu-

1 Ebenso im Ergebnis Satzky, ZHR 141 (1977), S.562.

2 Krause, FAZ vom 28.1.1976, S.11.

3 Diese eindrucksvolle Vision stammt von Traumann, S.102.

beugen, ist eine analoge Anwendung des § 24 III 4 GWB, welche den Vorrang des strukturorientierten vor dem verhaltensorientierten Ansatz der Fusionskontrolle sicherstellen will, auf Zusageregierungen geboten¹.

Probleme bei der Anwendung des § 24 III 4 GWB ergeben sich daraus, daß sich Marktstruktur- und Marktverhaltensmaßnahmen im Einzelfall nur schwer voneinander abgrenzen lassen². Insbesondere werden Maßnahmen, welche letztlich bestimmte Marktstrukturen sichern sollen, oft auch das Unternehmensverhalten berühren. Traumann³ bezeichnet diese als "strukturerhaltende Verhaltenskontrollen".

Als Beispiel seien die Zusagen in den Papierhersteller-Fällen⁴ angeführt. Diese hatten den Zweck, die Rohstoffversorgung der kleineren Konkurrenten sicherzustellen⁵, zielten also auf die Erhaltung einer ausgewogenen Marktstruktur. Geeignetes Mittel zur Erreichung dieses Ziels war die Abgabe einer Zusage, mit der sich die betroffenen Unternehmen verpflichteten, die kleineren Konkurrenten in Zukunft mit Zellstoff zu beliefern, also eine Reglementierung des Unternehmerverhaltens. Genau dieser Weg wurde auch eingeschlagen. Nur kaschierte man die Verhaltensregelung ein wenig und kleidete sie in ein - den Erwartungen an eine Strukturmaßnahme eher entsprechendes - gesellschaftsrechtliches Gewand. Statt einer isolierten Lieferzusage wurde den kleineren Unternehmen eine Beteiligung an den ge-

1 h.M., vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten I, Tz.946; Riesenkampff, WuW 1977, S.300; Satzky, ZHR 141 (1977), S.564; Scholz, Festschrift für Günther, S.223f.; Traumann, S.98; Feuring, WuW 1981, S.408.

2 Hierauf weisen auch Riesenkampff, a.a.O., und Satzky, a.a.O., hin.

3 Traumann, S.103.

4 Feldmühle/Kopparfors und PWA/Svenska Cellulosa, abgedruckt in WuW 1981, S.331ff.

5 Eine ähnliche Zielrichtung weist auch die Zusageregulation auf, welche bei Gründung des Gemeinschaftsunternehmens GfK-Gesellschaft für Kohleverflüssigung (Tochter der Saarbergwerke AG und der Gelsenberg AG) getroffen wurde. Vgl. WuW 1981, S.618f.

planten Gemeinschaftsunternehmen eingeräumt, mit der dann die Belieferungspflicht verbunden war. An dem Ergebnis, daß die Lieferverpflichtung eine Bindung des Unternehmerverhaltens bewirkt, änderte diese Konstruktion natürlich nichts. Andererseits wäre die beabsichtigte Strukturhaltung ohne die Verhaltensbindung in Gestalt der Lieferverpflichtung nicht zu erreichen gewesen.

c) Ein generelles Verbot von Verhaltenszusagen erscheint vor diesem Hintergrund fragwürdig. Es ist aber auch nicht erforderlich. Vielmehr bietet sich eine Beseitigung der Abgrenzungsschwierigkeiten durch eine sachgerechte Auslegung des § 24 III 4 GWB an, dessen Betonung man auf das Wort laufende Verhaltenskontrollen legen muß. Nur solche laufenden, nicht vorhersehbaren Kontrollen führen zu der oben beschriebenen Vision einer Zentralsteuerung durch Zusagen, zu einer planwirtschaftlichen Enklave im marktwirtschaftlichen System. Dies ist nicht der Fall, wenn sich die Unternehmen per Zusage zu einem von vornherein eindeutig festgelegten¹ Verhalten, z.B. der Belieferung von Konkurrenten, verpflichten. Eine solche Verhaltenszusage, die keine laufenden kartellbehördlichen Kompetenzen eröffnet, fällt daher nicht unter das Verdikt des § 24 III 4 GWB, wenn sie eindeutig auf die Erhaltung von Marktstrukturen ausgerichtet ist, was die Schutzrichtung des Instituts der Fusionskontrolle verlangt².

Die andere, den Wortlaut des § 24 III S.4 GWB weit auslegende Auffassung³, welche ausnahmslos jede Verhaltensbindung per Zusage ablehnt, dürfte konsequenterweise auch Verpflichtungen zur Veräußerung von Unternehmensteilen nicht tolerieren, da auch der Verkauf zunächst ein Unternehmensverhalten darstellt,

1 Die "Berechenbarkeit" als entscheidender Maßstab für die Zulässigkeit von Zusagen wird auch von Satzky, a.a.O., S.565, hervorgehoben.

2 Im Ergebnis ähnlich Satzky, a.a.O.; Traumann, a.a.O., S.103f.

3 Z.B. Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 24 Rdn.39 (zu den ministeriellen Auflagen).

wenn es sich auch zugleich auf die Marktstruktur (Zahl der Anbieter auf einem Markt) auswirkt.

Nach alldem ist festzuhalten, daß die Zusagenregelung ein praktikables und den besonderen Gegebenheiten des Einzelfalles gut anpaßbares Instrument zur Erleichterung der kartellrechtlichen Prognose darstellt.

E. DIE ERFORDERLICHE PROGNOSEWAHRSCHEINLICHKEIT

Wie bereits mehrfach dargelegt, gibt es im Bereich des Kartellrechts keine absolut sicheren Prognosen. Vielmehr stellen die als Basis für rechtliche Maßnahmen dienenden Vorhersagen lediglich Wahrscheinlichkeitsurteile dar.

Behörden, Gerichte und Unternehmen stehen angesichts dessen vor der Frage, welcher Wahrscheinlichkeitsgrad erforderlich ist, um einen zulässigen kartellrechtlichen Eingriff zu begründen.

Welchen Wahrscheinlichkeitsanforderungen muß Genüge getan werden, damit etwa ein Vertrag nach § 1 GWB für unwirksam erklärt oder ein Zusammenschluß nach § 24 GWB untersagt werden kann?

Die Formulierungen in der Literatur und der gerichtlichen Entscheidungspraxis helfen auf den ersten Blick kaum weiter. Dort ist von "gewisser Wahrscheinlichkeit"¹, "überwiegender Wahrscheinlichkeit"², "hoher Wahrscheinlichkeit"³, oder dem Erfordernis eines "gesteigerten Grades an Wahrscheinlichkeit"^{4,5} die

1 OLG Stuttgart, WuW/E OLG 700.

2 Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 24 GWB Rdn.14.

3 Regierungsentwurf zur 2. GWB-Novelle, BT-Drs. VI/2520, S.29, rechte Spalte; BKartA, WuW 1980, S.412 ("Pilkington/Flachglas").

4 BGHZ 71, 125 ("Sachs/GKN"); KG, WuW/E OLG 1754; Frankfurter Komm., § 1 GWB Rdn.51.

5 In Einzelfällen scheint aus Billigkeitgesichtspunkten noch darüber hinausgegangen zu werden; so das BKartA in der Entscheidung Tengelmann/Bronner, wo nach FAZ vom 23.4.1981, S.15, "absolute Sicherheit" zum Maßstab der Prognose gemacht worden ist.

Rede. Dies sind alles dehnbare und konturlose Begriffe. Hinzu kommt, daß der zentrale Begriff der Wahrscheinlichkeit von der Rechtsprechung nirgends definiert oder erläutert worden ist¹.

I. Der Wahrscheinlichkeitsbegriff

Bevor Aussagen über das Wahrscheinlichkeitsmaß getroffen werden können, muß jedoch zunächst einmal der Begriff der Wahrscheinlichkeit näher bestimmt werden.

Dieser Begriff wird in der Wissenschaft nicht einheitlich definiert. Vielmehr lassen sich eine Vielzahl von im Detail unterschiedlichen Wahrscheinlichkeitsbegriffen ausmachen. Diese können indessen im wesentlichen auf drei Grundmuster zurückgeführt werden, welche im folgenden dargestellt und auf die Möglichkeit ihrer Nutzbarmachung für das Kartellrecht untersucht werden sollen.

1. Der subjektive Wahrscheinlichkeitsbegriff²

Dieser Wahrscheinlichkeitsbegriff kennzeichnet das subjektive Maß des Für-Richtig-Haltens bestimmter Aussagen. Er bringt die subjektive Bewertung einer Hypothese aufgrund von persönlichen Erfahrungen zum Ausdruck.

Wegen der stark auf den Entscheidungsträger bezogenen Sichtweise wird der subjektive Wahrscheinlichkeitsbegriff vor allem dann verwendet, wenn es das Maß der richterlichen Überzeugung im Rahmen der prozessualen Tatsachenfeststellung zu beurteilen gilt³.

1 Hierauf wurde von Musielak, Festschrift für Kegel, S.455, zutreffenderweise hingewiesen.

2 Savage, The Foundations of Statistics, S.27ff.; vgl. auch Greger, S.38ff., Musielak, a.a.O., S.456; kritisch Weitnauer, Karlsruher Forum 1966, S.3f.

3 Bohne, S.14ff.; Egon Schneider, S.20ff.

Andererseits geht auch der subjektive Wahrscheinlichkeitsbegriff von einem streng rational handelnden Individuum aus¹. Trotz unterschiedlicher theoretischer Begründungen kommt er daher von den praktischen Auswirkungen den noch darzustellenden objektiven Theorien nahe².

2. Der objektive Wahrscheinlichkeitsbegriff³.

Dieser von der mathematischen Disziplin der Wahrscheinlichkeitsrechnung geprägte Begriff bezeichnet die relative Häufigkeit, mit dem ein zu untersuchendes Merkmal in einer Folge gleichartiger Vorgänge (der sogenannten Grundgesamtheit oder Kollektiv) auftritt⁴. Wenn man z.B. mit zwei Würfeln 200 Würfe ausführt (Kollektiv) und dabei erscheint die Doppelsechs (beobachtetes Merkmal) fünfmal, so beträgt die Wahrscheinlichkeit (relative Häufigkeit) der Doppelsechs $5:200 = 1/40$ ⁵. Diese Häufigkeit eines Vorganges innerhalb einer Grundgesamtheit läßt sich - ähnlich wie am Beispiel des Würfelspiels - bei allen Massenerscheinungen oder Wiederholungsvorgängen ermitteln, welche nach dem Zufallsprinzip ablaufen⁶. Zu beachten ist dabei, daß das Maß der relativen Häufigkeit einen Grenzwert darstellt, welcher erst bei einer genügend großen Zahl von Erscheinungen hinreichend zuverlässig bestimmt werden kann. Hätten wir im obengenannten Beispiel mit dem Würfel nur drei Würfe ausgeführt und wäre dabei eine Doppelsechs geworfen worden, so könnte wegen der geringen Grundgesamtheit von einer Wahrscheinlichkeit von 1:3 dennoch keine Rede sein. Erst

1 Savage, a.a.O.

2 Musielak, a.a.O., S.457; vgl. auch Greger, S.45f.

3 Richard von Mises, Wahrscheinlichkeit, Statistik und Wahrheit, 4.Aufl., 1972; Popper, S.106ff.; vgl. auch Greger, S.40ff.; Musielak, a.a.O., S.455f.; Weitnauer, a.a.O., S.4ff.

4 R. v. Mises, S.12.

5 Dieses Beispiel stammt von R. von Mises, S.14.

6 Vgl. Greger, S.41; Weitnauer, a.a.O., S.4ff.

wenn sich der rechnerische Wahrscheinlichkeitsgrad auch bei einer Erhöhung der Würfe nicht mehr wesentlich verändert und einem Grenzwert (limes) zustrebt, kann eine gesicherte Wahrscheinlichkeitsaussage getroffen werden.

Daraus erhellt, daß der objektive Wahrscheinlichkeitsbegriff für das Kartellrecht, wo wir es mit Einzel- und nicht mit Massenerscheinungen zu tun haben, kein brauchbares Hilfsmittel darstellt. Dies gilt um so mehr, als daß wirtschaftliche Vorgänge - wie oben¹ dargelegt wurde - nicht nach dem Zufallsprinzip ablaufen, sondern gewissen Gesetzmäßigkeiten folgen. Zwar ist auch der Fall des Würfels von den Gesetzen der Mechanik determiniert. Wie diese Gesetze im Einzelfall wirken, bleibt dem Beobachter jedoch anders als bei wirtschaftlichen Vorgängen nach den Spielregeln verborgen.

Im übrigen läßt sich bei Zugrundelegung des objektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffes, selbst wenn eine dem Zufallsprinzip unterliegende Massenerscheinung untersucht wird, auch keine auf den Einzelfall bezogene Aussage machen, etwa über die Wahrscheinlichkeit, mit dem nächsten Wurf eine Sechs zu erzielen².

Der objektive Wahrscheinlichkeitsbegriff der Wahrscheinlichkeitsrechnung kann somit im Rahmen der rechtlichen Beurteilung nach dem GWB keine Verwendung finden.

3. Der logische Wahrscheinlichkeitsbegriff³

Der logische Wahrscheinlichkeitsbegriff unterscheidet sich vom objektiven dadurch, daß er nicht die Häufigkeit eines Merkmals innerhalb einer Grundgesamtheit, sondern den Zusammenhang zwischen Hypothese und Erfahrungsdatum untersucht. Er drückt aus, inwieweit die Hypothese durch das Erfahrungsdatum

1 S.112ff.

2 Weitnauer, a.a.O., S.5.

3 Carnap-Stegmüller, S.26ff.; Popper, S.198ff.; Greger, S.44ff.; Musielak, a.a.O., S.457f.

bestätigt wird. Wahrscheinlichkeit im Sinne des logischen Wahrscheinlichkeitsbegriffes ist somit gleichzusetzen mit dem Grad der Bestätigung der Hypothese¹. Anders als der objektive Wahrscheinlichkeitsbegriff trifft der logische Wahrscheinlichkeitsbegriff demnach keine statistisch-empirische Aussage über einen Tatbestand, sondern über eine aus diesem Tatbestand abgeleitete "logische Implikation"². So ermöglicht er z.B. folgende Aussage: "Die Wahrscheinlichkeit, daß der nächste Wurf eine Sechs ergeben wird, ist aufgrund der Information, daß dieser Würfel unter 6000 Würfeln 1000 Sechsen ergeben hat, ein Sechstel"³.

Diese logische Beziehung, der Grad der Bestätigung einer Hypothese durch die Empirie, interessiert aber bei der Frage nach der Zuverlässigkeit von Prognosen. Denn je höher der Bestätigungsgrad des die Prognose begründenden Erfahrungssatzes ist, desto zuverlässiger ist auch die Prognose. Von zwei möglichen Hypothesen wird man diejenige mit dem höheren Bestätigungsgrad vorziehen.

Der Wahrscheinlichkeitsgrad i.S. des logischen Wahrscheinlichkeitsbegriffes kann - je nach Umfang und Beschaffenheit des Basismaterials - sowohl qualitativ als auch quantitativ ausgedrückt werden⁴. Wie bereits im einzelnen dargelegt wurde, handelt es sich bei den im Wettbewerbsrecht zu beurteilenden Phänomenen um solche komplexer Art. Die Basisdaten sind äußerst zahlreich und zum Teil variabel. Die Kartellrechtsprognose ist demzufolge von Wertungen und Schätzungen abhängig. Eine

1 Carnap-Stegmüller, a.a.O.; Popper, S.198f. spricht in diesem Zusammenhang vom "Bewährungsgrad".

2 Musielak, a.a.O.

3 Carnap-Stegmüller, S.91.

4 Musielak, a.a.O., S.458; Greger, S.46; im Ergebnis ähnlich auch von Hippel, S.42, der die qualitative Beurteilung allerdings nicht mehr dem logischen Wahrscheinlichkeitsbegriff zuordnet, sondern in ihr eine nur aus rechtlichen Erwägungen zu rechtfertigende Plausibilitätskontrolle sieht, welche er aber für den von ihm behandelten Problemkreis strafrechtlicher Verurteilungen für unzureichend erachtet.

quantitative Wahrscheinlichkeitsaussage verbietet sich daher im Regelfall. Vielmehr muß man sich mit einer lediglich graduellen, qualitativ formulierten Angabe des Wahrscheinlichkeitsmaßes begnügen.

Hier schließt sich der Kreis zu den oben zitierten¹ Urteilen: Wenn eine mathematisch-exakte Festlegung des Wahrscheinlichkeitsgrades nicht möglich ist, muß die Rechtsprechung zwangsläufig auf Formeln wie die von der "überwiegenden" der "gesteigerten" oder der "hohen" Wahrscheinlichkeit ausweichen².

Zwar könnte man zur Verdeutlichung statt von "überwiegender Wahrscheinlichkeit" auch von einer Wahrscheinlichkeit von mehr als 50% sprechen³ oder statt von "an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit" von einer solchen von 99%; dabei müßte man sich jedoch stets vergegenwärtigen, daß eine solche Bewertung nur bildhaften Charakter hat und nicht mit der Exaktheit ausgestattet ist, welche die Prozentzahl vortäuscht.

4. Übereinstimmungen zwischen dem subjektiven und dem logischen Wahrscheinlichkeitsbegriff

Nach dem vorstehend Ausgeführten ergibt sich, daß der subjektive und der logische Wahrscheinlichkeitsbegriff in der Praxis eng beieinander liegen. Während der logische Wahrscheinlichkeitsbegriff eine objektive Aussage über den Bestätigungsgrad einer Hypothese liefert, trifft der subjektive Begriff eine Aussage darüber, inwieweit der Rechtsanwender im Sinne einer "persönlichen Gewißheit"⁴ von der Bestätigung der These über-

1 Siehe oben S.142.

2 Musielak, a.a.O., S.458f.

3 So z.B. Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, S.45 und 52, der allerdings auf S.45 in zutreffender Weise darauf hinweist, daß "eine derartige Mathematisierung des hier zu fällenden juristischen Wahrscheinlichkeitsurteils wegen dessen Werturteils-Charakters nicht möglich erscheint".

4 BGHZ 53, 256.

zeugt ist. Auch diese persönliche Gewißheit ist aber nicht mit einer schrankenlos-individuellen, nur dem unüberprüfbaren Ermessen des einzelnen unterworfenen Ansicht gleichzusetzen. Sie muß vielmehr nach allen in Rechtswissenschaft und Gerichtspraxis vertretenen Meinungen der Befürworter dieses Ansatzes von einem - idealtypisch gedachten¹ - objektiven Beobachter² her beurteilt werden. Die praktischen Unterschiede der beiden Theorien sind daher derart gering, daß sie ohne weiteres vernachlässigt werden können. Dies gilt um so mehr, als auch die Wahrscheinlichkeitsbeurteilung nach dem logischen Wahrscheinlichkeitsbegriff auf (subjektive) Schätzungen angewiesen ist³. Letztlich enthalten beide Begriffe eine subjektive und eine objektive Komponente. Eine abschließende Beurteilung der subtilen Frage, ob die Wahrscheinlichkeitsbeurteilung aus der subjektiven Sicht eines objektiven Beurteilers (subjektiver Wahrscheinlichkeitsbegriff) oder aus objektiver Sicht, aber unter Berücksichtigung subjektiver Schätzungen und Erfahrungswerte (logischer Wahrscheinlichkeitsbegriff) zu erfolgen hat, erübrigt sich daher. Für die Wahrscheinlichkeitsprüfung können vielmehr der subjektive und der logische Wahrscheinlichkeitsbegriff im Sinne oben herausgearbeiteter Definitionen gleichwertig nebeneinander zur Anwendung kommen.

1 Musielak, a.a.O., S.460.

2 So z.B. die Rechtsprechung BGHZ 7, 131 ("verständiger Beobachter"); BGH, NJW 1951, 83 ("lebenserfahrener Beurteiler"); BVerwGE 45, 57 ("objektiv zu erwartendes Geschehen") und die Literatur bei Rosenberg-Schwab § 113, II; Greger, S.95ff. und Thomas-Putzo, § 286 ZPO, Anm. 2a ("vernünftiger, die Lebensverhältnisse klar überschauender Mensch").

3 Vgl. oben S.146.

II. Das Wahrscheinlichkeitsmaß

1. Keine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit

Wie bereits oben¹ ausgeführt, verbietet sich bei der im Kartellrecht erforderlichen Vorhersage wirtschaftlicher Entwicklungen eine mittels Prozentzahlen formulierte und damit eine nicht bestehende mathematische Genauigkeit vortäuschende Bemessung des Wahrscheinlichkeitsgrades.

Die "in den Naturwissenschaften erreichbare Evidenz der Wahrheit"² ist der Rechtswissenschaft schon im Bereich der Feststellung gegenwärtiger und vergangener Tatsachen "prinzipiell versagt"³.

So erkannte schon das RG⁴:

"Wer die Schranken des menschlichen Erkennens erfaßt hat, wird nie annehmen, daß er in dem Sinn zweifellos von der Existenz eines Vorganges überzeugt sein dürfte, daß ein Irrtum absolut ausgeschlossen wäre.

Deswegen gilt im praktischen Leben der hohe Grad von Wahrscheinlichkeit, welcher bei möglichst erschöpfender und gewissenhafter Anwendung der vorhandenen Mittel der Erkenntnis entsteht, als Wahrheit, und das Bewußtsein des Erkennenden von dem Vorliegen einer so ermittelten Wahrscheinlichkeit als die Überzeugung von der Wahrheit."

Der BGH führte diese Auffassung mit der für Tatsachenfeststellungen geltenden Formel von der "an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit"⁵ fort, welche dann erreicht sei, wenn ein Grad von Gewißheit vorliege, der den Zweifeln Schweigen gebiete, ohne sie völlig auszuschließen⁶.

Eine hundertprozentige Gewißheit wird demnach nicht verlangt. Diese, für den Bereich gegenwärtiger und vergangener Tatsa-

1 S.147.

2 Egon Schneider, S.19.

3 Egon Schneider, a.a.O., unter Berufung auf Böhne, a.a.O., S.11ff.

4 RGZ 15, 339.

5 BGHZ, 53, 256.

6 BGHZ, a.a.O.

chen angestellten Überlegungen, müssen aber erst recht gelten, wenn Aussagen über zukünftige Tatsachen zu treffen sind. Diese haben von Natur aus nur den Charakter von Wahrscheinlichkeitsurteilen. Dadurch, daß der Gesetzgeber Prognosen zu Tatbestandsmerkmalen erhoben hat, hat er gezeigt, daß er in diesem Bereich von geringeren Wahrscheinlichkeitsanforderungen ausgeht. Es ist daher evident, daß für Prognosen nur ein geringeres Beweismaß als das der "an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit" in Betracht kommt¹.

Hiervon gehen auch die Rechtsprechungsformulierungen aus, die von "hoher Wahrscheinlichkeit" oder ähnlichem sprechen².

2. Tatbestandliche Unterschiede

a) Die "Eignung" des § 1 GWB

Zum Teil läßt sich die Frage, ob ein höherer oder geringerer Grad von Wahrscheinlichkeit für eine wettbewerbsrechtliche Entscheidung erforderlich ist, bereits aus der tatbestandlichen Fassung der betreffenden Norm ersehen. So muß sich etwa die "Erwartung" i.S. des § 24 I GWB auf ein höheres Maß an Wahrscheinlichkeit gründen als die bloße "Eignung" i.S. des § 1 GWB. Denn eine Eignung läßt sich auch dann bejahen, wenn man das Eintreten eines bestimmten Ergebnisses im konkreten Fall nicht erwartet.

Von welchem Wahrscheinlichkeitsgrad an ist es aber gerechtfertigt, eine "Eignung" anzunehmen?

1 So Sandrock, Gutachten, S.59 zur Parallelproblematik im US-amerikanischen Recht.

2 Vgl. oben S.142.

Als gemeinsamer Nenner aller hierzu vertretenen größtenteils sehr unbestimmten Definitionen¹ ergibt sich, daß die Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer Wettbewerbsbeeinträchtigung jedenfalls größer sein muß als die des Ausbleibens derselben². Es ist also eine überwiegende Wahrscheinlichkeit erforderlich.

Demgegenüber reicht eine nur entfernte theoretische Möglichkeit zur Bejahung der Eignung nicht aus³. Hierfür spricht schon, daß der Begriff "Eignung" auf eine spezifische Brauchbarkeit hindeutet. Vor allem aber folgt das Erfordernis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit aus rechtsstaatlichen Gründen. Normen, welche die bloße Möglichkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung als Grundlage eines Eingriffs ausreichen lassen, existieren im gesamten Kartellrecht nicht. Sie wären nicht mit dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot⁴ vereinbar, welches ein Mindestmaß an Gefährdungsintensität zur Rechtfertigung eines Eingriffes voraussetzt⁵. Die unterste Grenze, von der ab ein unternehmerisches Handeln wegen prognostizierter Folgen mit kartellgesetzlichen Sanktionen belegt werden kann, liegt hier nach bei der durch das Tatbestandsmerkmal der "Eignung" markierten überwiegenden Wahrscheinlichkeit.

Diese relativ niedrige Eingriffsschwelle des § 1 GWB rechtfertigt sich daraus, daß die tatbestandlich unter diese Norm fallenden Verhaltensweisen in der Regel besonders gefährlich für den freien Wettbewerb sind.

1 Vgl. OLG Stuttgart, WuW/E OLG 700; Immenga in Immenga-Mestmäcker, § 1 GWB Rdn.350; Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 1 GWB Rdn.32; Müller-Gießler-Scholz, § 1 GWB Rdn.136; Müller-Henneberg in GK § 1 GWB Anm.97; Frankfurter Komm., § 1 GWB Rdn.51; Emmerich, Kartellrecht, S.62; Tetzner, S.16; Westrick-Loewenheim, § 1 GWB Rdn.79; a.A. soweit ersichtlich nur Baumbach-Hefermehl (8.Aufl.), § 1 GWB Rdn.45.

2 In dieser Deutlichkeit Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, S.51.

3 Siehe oben S.11.

4 Hierzu eingehend Sandrock, a.a.O., S.46ff. Vgl. auch die Darlegungen unten S.154ff.

5 Siehe unten S.154ff.

b) Die Eignungsprüfung bei den Ausnahmen vom Kartellverbot

Ebenso wie in § 1 GWB ist der Wahrscheinlichkeitsmaßstab der Eignung auch in den zu dieser Norm ergangenen Ausnahmeverordnungen der §§ 2ff. GWB anzuwenden.

Ausdrücklich ergibt sich dies aus den Formulierungen der §§ 5 II S.1 und 8 II S.1 GWB. Gleiches muß aber auch bei denjenigen Ausnahmeverordnungen gelten, deren Wortlaut eine ausdrückliche Bestimmung des Wahrscheinlichkeitsgrades vermissen läßt (z.B. §§ 5a I S.1; 5b I GWB). Denn die Ausnahmetatbestände können nur dann die ihnen zugedachte Rolle eines Korrektivs der relativ strengen Eingriffsnorm des § 1 GWB darstellen, wenn sie im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeitsanforderungen mit dieser Norm gleichlaufen.

Dagegen kann man hinsichtlich des Wahrscheinlichkeitsmaßstabes nicht, was an sich nahe läge, danach differenzieren, ob die Zulässigkeit des Kartells verfahrensrechtlich an mehr oder weniger strenge Zulassungsvoraussetzungen gebunden ist. Anders gewendet: An Erlaubniskartelle und Widerspruchskartelle dürfen im Hinblick auf den Nachweis zukünftiger, die Tolerierung rechtfertigender Umstände keine strengeren Maßstäbe angelegt werden als an Freistellungskartelle. Gegen eine solche Abstufung spricht nämlich der klare Wortlaut des Gesetzes, der ausgerechnet im Rahmen des an strenge Voraussetzungen gebundenen § 8 II GWB (Erlaubniskartell ohne Anspruch) das leicht zu erfüllende Beweismaß der "Eignung" genügen läßt. Wenn dieses Maß schon bei den nur in Ausnahmefällen zu erlaubenden Kartellen nach § 8 II GWB Anwendung findet, dürfen aber an die allgemein als weniger gefährlich eingestuften Widerspruchskartelle und Freistellungskartelle auch bei Fehlen einer ausdrücklichen Beweisbestimmung keine schärferen Maßstäbe angelegt werden.

c) Die "Erwartung" des § 24 I GWB

Ein höheres Maß an Prognosewahrscheinlichkeit wird durch den Begriff der "Erwartung" in § 24 I GWB gekennzeichnet. Hält man den Eintritt bestimmter Wettbewerbswirkungen für wahrscheinlicher als ihr Ausbleiben (maßgebliches Kriterium zur Bejahung einer "Eignung" i.S. von § 1 GWB), so ist damit nämlich noch lange nicht gesagt, daß man den Eintritt dieser Wettbewerbswirkungen auch erwartet. Um dies mit einem Beispiel zu verdeutlichen: Wenn die Wahrscheinlichkeit des Entstehens einer marktbeherrschenden Stellung infolge eines Zusammenschlusses 51%¹ beträgt, läßt sich zwar die Aussage treffen, der Zusammenschluß sei geeignet, eine solche herbeizuführen, jedoch noch nicht die weitergehende Aussage, eine solche Wirkung sei auch zu erwarten. Vielmehr ist, um den Tatbestand der Erwartung erfüllen zu können, ein höherer Grad an persönlicher Überzeugung i.S. des subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffes oder - in den Kategorien des logischen Wahrscheinlichkeitsbegriffs ausgedrückt - ein höherer Bestätigungsgrad der zugrunde gelegten Hypothese erforderlich.

Die Rechtsprechung verwendet zur Umschreibung dieses Wahrscheinlichkeitsmaßes die etwas nichtssagende Formel von der "hohen Wahrscheinlichkeit"². Es dürfte aber in der Tat schwierig sein, diese Wahrscheinlichkeitsanforderung allgemeingültig genauer zu bezeichnen, da es sich bei den der Wahrscheinlichkeitsaussage zugrundeliegenden Bewertungen, wie die bisherige Untersuchung an mehreren Stellen gezeigt hat, im wesentlichen um Maß- und Gradfragen handelt. Die Grenzen, innerhalb derer es gilt, das für die Erwartung ausreichende Wahrscheinlichkeitsmaß zu finden, lassen sich wie folgt abstecken: Einerseits

1 Die Angabe der Prozentzahl dient nur der Verdeutlichung und darf nicht zu der Annahme verleiten, daß derart exakte Vorhersagen hinsichtlich wettbewerbsrechtlich relevanter Vorgänge möglich seien. Das Gegenteil ist, wie oben auf S.131 dargelegt, der Fall.

2 BGHZ 71, 125 ("Sachs/GKN").

ist ein höherer Wahrscheinlichkeitsgrad erforderlich, als dies bei der bloßen "Eignung" der Fall ist, andererseits muß das Wahrscheinlichkeitsmaß - wie auf S.149ff. dargelegt wurde - unterhalb der für die zivilprozessuale Tatsachenfeststellung maßgeblichen "an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit"¹ liegen. Wo genau der zwischen diesen beiden Polen liegende Wahrscheinlichkeitsgrad anzusetzen ist, läßt sich nur im Einzelfall entscheiden und soll im folgenden erörtert werden.

3. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Maßstab für die Wahrscheinlichkeitsanforderungen im Einzelfall

Die oben unter 2.a) und b) angegebenen, je nach Tatbestandsformulierung unterschiedlich hohen Wahrscheinlichkeitsanforderungen konnten bislang nur mit unbestimmten, generalklauselartigen Begriffen umschrieben werden. Sie beinhalten noch eine erhebliche Spannweite, die es auszufüllen gilt. Dabei muß man sich vergegenwärtigen, daß es sich wegen der Vielzahl möglicher Fallgestaltungen von vornherein verbietet, allgemeingültige Aussagen bezüglich des Wahrscheinlichkeitsgrades zu machen. Vielmehr ist eine an den Gegebenheiten des Einzelfalles orientierte Betrachtungsweise angebracht².

Eine solche Einzelfallbetrachtung muß die Wertigkeit des Schutzgutes auf der einen und die Eingriffsintensität auf der anderen Seite berücksichtigen. Diese Notwendigkeit einer abwägenden Betrachtungsweise ist im Bereich des Rechtes der Gefahrenabwehr seit langem anerkannt³. Grundlage ist das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, welches Verfassungsrang genießt⁴ und

1 Hierzu BGHZ 53, 256.

2 BGH, WuW/E BGH 1755 ("Klößner-Becorit"); BGHZ 77, 279, 292 ("Hydrostatische Antriebe").

3 Vgl. BVerwGE 39, 196; BVerwG, NJW 1979, 1890; OVG Saarlouis, DöV 1973, S.864; OVG Lüneburg, DVBl. 1977, 351; Drews-Wacke-Vogel-Martens, Bd.1, S.109f., Bd.2, S.179; Friauf, S.179; Rietdorf-Heise-Böckenförde-Strehlau, § 1 OBG Rdn.12; Ossenbühl, DöV 1976, S.466.

4 BVerfGE 19, 348f.; 23, 133; 35, 400; 36, 264; Grabitz, AöR

überdies als allgemeiner Rechtsgrundsatz dem Rechtsanwender als Richtlinie für die Normauslegung und Rechtsfortbildung dient¹. Daß dieses Prinzip auch im Kartellrecht ausschlaggebend ist, wurde von Sandrock überzeugend dargelegt². Neben dem von Sandrock in den Vordergrund gestellten Gedanken der "Einheit der Wirtschaftsordnung"³ spricht vor allem die Funktion der Kartellrechtsvorschriften für eine Heranziehung dieses Prinzips. Das Kartellrecht soll - hierüber herrscht im Gegensatz zu zahlreichen Einzelfragen ein wettbewerbsrechtlicher Grundkonsens⁴ - dem Schutz des Wettbewerbs⁵ dienen. Es hat daher eine gefahrenabwehrende Zielrichtung. Um das Ziel der Gefahrenabwehr erreichen zu können, enthält das GWB ein reichhaltiges Instrumentarium, welches Eingriffe in Rechtspositionen der Wettbewerbstreibenden bewirkt oder ermöglicht. Die Strukturgleichheit mit dem allgemeinen Recht der Gefahrenabwehr ist evident. Es liegt daher nahe, dessen Wahrscheinlichkeitsforderungen zu übernehmen.

Ebenso wie im Bereich des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechtes reicht im Kartellrecht, wie bereits herausgearbeitet worden ist, die Wahrscheinlichkeit einer Beeinträchtigung des Schutzgutes aus, um einen Eingriff zu ermöglichen. Ist aber eine Wahrscheinlichkeitsbetrachtung in den Tatbestand einer gefahrenabwehrenden Eingriffsnorm aufgenommen worden, so bedeutet dies unter der Herrschaft des grundgesetzlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, daß sich die gefahrenabwehrende Maßnahme an der Wertigkeit der zur Disposition stehenden

1 Larenz, Methodenlehre, S.392ff.; vgl. auch Grabitz, a.a.O., S.581ff.

2 Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, S.46ff.

3 Sandrock, a.a.O., S.47.

4 BGHZ 31, 109 ("Glasglühkörper"); BGHZ 38, 102 ("Grote-Revers"); BGH, WuW/E BGH, 1031 ("Sportartikelmesse II"); Möschel, ORDO XXXI (1980), S.71; Wirz, WuW 1973, S.252f.; Immenga-Mestmäcker in Immenga-Mestmäcker, Einleitung Rdn.1ff. sowie die auf S.1 Fußn.1 Genannten.

5 Wie immer man diesen schillernden und vielschichtigen Begriff auch definiert.

Rechtsgüter orientieren muß. Je höherwertig das bedrohte Rechtsgut ist, desto geringer sind die an den Wahrscheinlichkeitsgrad zu stellenden Anforderungen, während umgekehrt bei einem nur geringerwertigen Schutzgut höhere Wahrscheinlichkeitsanforderungen zu stellen sind¹. Ossenbühl² spricht insoweit von einer "Relativierung" der Wahrscheinlichkeit.

Der Rechtsanwender hat bei der Beantwortung der Frage, ob die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts als ausreichend für einen Eingriff zu erachten ist, also stets das Gewicht der auf beiden Seiten stehenden Rechtsgüter in die Waagschale zu legen. Wiegt eines dieser Rechtsgüter besonders schwer, kann damit ein geringeres Maß an Schadenswahrscheinlichkeit kompensiert werden. Als Schulbeispiel für eine derartige Fallgestaltung ist der sog. "Endiviensalat-Fall"³ zu nennen: In diesem Fall bestand der Verdacht, daß eine größere Partie Endiviensalat von einem Krankheitserreger befallen war. Obwohl die Wahrscheinlichkeit, daß durch den Verkauf des Salates eine Epidemie hervorgerufen würde, eher als gering zu veranschlagen war, führte die Erwägung, daß, falls sie doch eintrete, katastrophenartige Folgen mit Schäden für Leib und Leben einer unbestimmten Anzahl von Personen zu erwarten waren, zu einem ordnungsbehördlichen Einschreiten. Die Entscheidung war also das Ergebnis einer Abwägung der Risiken im konkreten Einzelfall.

Eine derartige Kollision zwischen zwei Rechtspositionen - dem Schutzgut auf der einen, dem Recht, in welches eingegriffen wird, auf der anderen Seite - ist aber auch im Kartellrecht zu konstatieren. Diese Kollision kann nicht befriedigend gelöst werden, wenn nicht bereits auf der Eingriffsschwelle, dem Wahrscheinlichkeitserfordernis, die Wertigkeit der tangierten Rechtsgüter berücksichtigt wird. Auch im Rahmen des GWB ist

1 BVerwGE 39, 196; BVerwG, NJW 1970, 1890; OVG Saarlouis. DöV 1973, S.864; Ossenbühl, DöV 1976, S.466.

2 Ossenbühl, a.a.O.

3 BVerwGE 39, 196.

daher der Wahrscheinlichkeitsmaßstab anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips auszurichten und eine Risikoabwägung vorzunehmen: Danach muß die Wahrscheinlichkeit eines Schadens für die Schutzgüter des GWB um so höher sein, je schwerer die beabsichtigte Maßnahme in die Rechte der betroffenen Unternehmen eingreift; umgekehrt reichen dann, wenn sich das Schutzgut als besonders herausragend darstellt (z.B. wenn der letzte noch bestehende Wettbewerb in einem Wirtschaftszweig bedroht ist), weniger hohe Wahrscheinlichkeiten aus.

Dieser Verhältnismäßigkeitsbetrachtung stehen auch die folgenden Ausführungen des BGH im "Sachs/GKN"-Fall¹ nur scheinbar entgegen, in denen es heißt:

"Auch sind an den Umfang der Verschlechterung der Wettbewerbsvoraussetzungen keine höheren Anforderungen zu stellen, falls der Grad ihrer Wahrscheinlichkeit geringer (nur gesteigerter Grad von Wahrscheinlichkeit statt hohe Wahrscheinlichkeit) erachtet werden sollte." Denn im unmittelbar anschließenden Satz stellte der BGH klar, daß in der zu entscheidenden Fallkonstellation (Verbindung von Unternehmensgröße - §§ 23 I, 24a I 2, 24 VIII GWB - mit Marktbeherrschung - §§ 24 I, 22 I GWB -) eine besonders schwerwiegende, "ernstliche"² Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs vorlag. Daß bei derart schwerwiegenden Gefährdungen geringere Wahrscheinlichkeiten ausreichen, stimmt mit der hier vertretenen, am Verhältnismäßigkeitsprinzip orientierten Betrachtungsweise vollauf überein.

F. DIE ZEITLICHEN GRENZEN DER PROGNOSE

Eng mit der Prognosewahrscheinlichkeit ist die Frage nach dem Zeitraum, auf welchen die Prognosen auszurichten sind, verknüpft.

1 BGHZ 71, 125 (unter Nr.5).

2 BGH, a.a.O.

Allgemein lassen sich in den Wirtschaftswissenschaften kurzfristige (1 Jahr), mittel- (1-5 Jahre) und langfristige Prognosen unterscheiden³. Die Genauigkeit der Prognosen nimmt dabei - cum grano salis - mit der Dauer des Prognosezeitraumes ab⁴.

Die kartellrechtlichen Vorschriften enthalten keine ausdrücklichen Bestimmungen darüber, auf welche Zeiträume die erforderlichen Vorhersagen anzulegen sind. Es stellt sich daher die Frage, ob der Prognosehorizont nach oben hin offen ist, oder ob nur mittel- oder gar kurzfristige Zukunftsentwicklungen Berücksichtigung finden dürfen.

1. Die Einschränkung des Prognosehorizontes durch die Regierungsbegründung zu § 24 I GWB

Eine deutliche Einschränkung des Prognosezeitraumes findet sich in der Regierungsbegründung zu § 24 I GWB, wo es heißt³:

"Diese Vorausschau auf die künftige Wettbewerbsentwicklung ist nötig, wenn sich aufgrund konkreter Umstände mit hoher Wahrscheinlichkeit sagen läßt, daß die mit dem Zusammenschluß geschaffenen Wettbewerbsvoraussetzungen sich alsbald verschlechtern werden."

Die Formulierung "alsbald" kann i.S. der obengenannten Zeiträume nur kurz- bis allenfalls mittelfristige Prognosen erfassen, während sie die Berücksichtigung langfristiger Zukunftsentwicklungen ausschließt.

In Anlehnung an diese Regierungsbegründung wird auch in der Literatur vielfach die Auffassung vertreten, es seien nur kurz und mittelfristige Wirkungen von Unternehmenszusammenschlüssen

1 Rogge, S.1278.

2 Giersch, S.300; Henschel, S.17; Kuhlo, S.217; Lutz, S.14; Vajna, S.117ff.; Philippi, S.128; Frankfurter Komm. § 24 Rdn.45.

3 BT-Drs. VI/2520, S.29, rechte Spalte.

sen zur Grundlage einer Entscheidung über die Fusionskontrolle zu machen¹.

II. Die Auffassung des BGH in der "Sachs/GKN"-Entscheidung

Demgegenüber stellt sich die Ansicht des BGH, der sich in seiner Sachs/GKN-Entscheidung eingehend mit der vorzitierten Stelle der Regierungsbegründung befaßt, als differenzierter dar². Der BGH unterteilte in dieser Entscheidung - offenbar, um sich nicht in Widerspruch zu der Regierungsbegründung zu setzen - die künftigen Folgen eines Unternehmenszusammenschlusses in zwei Komponenten: die unmittelbar mit dem Zusammenschluß eintretenden strukturellen Veränderungen einerseits sowie die künftige weitere Wettbewerbsentwicklung andererseits³. Nach dieser Zwei-Stufen-Prüfung⁴ des BGH ist eine Beschränkung auf die "alsbald und mit hoher Wahrscheinlichkeit" eintretenden Zusammenschlußwirkungen nur auf der zweiten Prüfungsstufe, bei der Beurteilung der "künftigen Wettbewerbsentwicklung"⁵ erforderlich. Demgegenüber müßten bei der Beurteilung der strukturellen Veränderungen wegen deren "Unumkehrbarkeit"⁶ auch die längerfristigen Wirkungen berücksichtigt werden.

Der Wert dieser vom BGH vorgenommenen Unterscheidung ist umstritten. Während die einen⁷ dieser Differenzierung folgen,

1 Harms in GK § 23a Rdn.281 (5 bis 8 Jahre); Müller-Gießler-Scholz, § 24 Rdn.5; Frankfurter Komm., § 24 Rdn.45; Kleinmann-Bechtold, § 24 Rdn.8.

2 BGHZ 71, 118ff. ("Sachs/GKN").

3 BGH, a.a.O.

4 Vgl. hierzu Arbeitsunterlage für den Arbeitskreis Kartellrecht, S.11ff.

5 BGH, a.a.O., 118.

6 BGH, a.a.O., 119.

7 Arbeitsunterlage für den Arbeitskreis Kartellrecht, S.11ff.; Markert, BB 1978, S.680f.

wird sie von den anderen¹ als "künstlich"², "kaum durchschaubar"³ und "logisch kaum nachvollziehbar"⁴ kritisiert. Der Sinn der Trennung in zwei verschiedene Arten von Zusammenschlußwirkungen, welche nach unterschiedlichen Regeln behandelt werden sollen, ist in der Tat nicht recht einzusehen.

Das Argument der Unumkehrbarkeit ist jedenfalls - wie Steindorff⁵ zu Recht hervorhebt - auf beide Arten von Wirkungen in gleicher Weise anzuwenden. Dies ergibt sich aus der oben⁶ dargestellten, zirkulativen Verknüpfung von Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnissen.

Auch muß es als widersprüchlich erscheinen, wenn ausgerechnet im Hinblick auf die "Fernwirkungen"⁷ eines Zusammenschlusses nur "alsbald" eintretende Entwicklungen berücksichtigt werden können, während es bei der Beurteilung der unmittelbar mit dem Zusammenschluß eintretenden strukturellen Veränderungen⁸ auf deren "längerfristige Wirkungen"⁹ ankommen soll¹⁰.

Neben diese augenfällige Ungereimtheit tritt die Schwierigkeit der Abgrenzung von Marktstruktur- und sonstigen Merkmalen, welche durch die vom BGH vorgenommene Differenzierung erforderlich wird. Dieses Abgrenzungsproblem kann, wie oben¹¹ bereits dargelegt wurde, keineswegs als gelöst angesehen werden und führt auch an anderen Stellen des Kartellrechts,

1 Steindorff, ZGR 1978, S.784; Moosecker, GRUR 1978, S.524; Hootz, BB 1978, S.827; Kleb, S.128.

2 Steindorff, a.a.O.

3 Moosecker, a.a.O.

4 Kleb, a.a.O.

5 a.a.O.

6 Siehe oben S.26ff.

7 So die Arbeitsunterlage für den Arbeitskreis Kartellrecht, S.12 im Hinblick auf die zweite Prüfungsstufe.

8 Arbeitsunterlage, a.a.O., S.11: "Nahwirkungen".

9 BGHZ 71, 119 ("Sachs/GKN").

10 Kritisch auch Hootz, a.a.O.

11 S.140.

insbesondere bei der Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Auflagen bzw. Zusageregeln, zu nahezu unüberwindlichen dogmatischen Schwierigkeiten, welche häufig nur durch den Pragmatismus der beteiligten Unternehmen, Behörden und Gerichte überspielt werden können. Vor diesem Hintergrund kann es nicht als sinnvoll angesehen werden, diesen Problemkreis durch Schaffung zweier unterschiedlicher Wahrscheinlichkeitsstufen ohne Not in das ohnehin schon unübersichtliche Gelände der kartellrechtlichen Prognoseerstellung zu übertragen.

Eine Notwendigkeit für die vom BGH vorgenommene Differenzierung ergibt sich aber weder aus dem Wortlaut noch dem Sinn des Gesetzes. Sie ist nur vor dem Hintergrund der Auseinandersetzung mit der Regierungsbegründung erklärlich. Die dort aufgestellten relativ strengen Prognosevoraussetzungen wollte der BGH ersichtlich "restriktiv interpretieren"¹ bzw. umgehen. Dies erreichte er durch die zuvor beschriebene Stufenbildung bei den Wahrscheinlichkeitsanforderungen, aufgrund derer der zu entscheidende Einzelfall (Sachs/GKN) aus dem Anwendungsbereich der Regierungsbegründung gleichsam "herausfiel". Ein solches Vorgehen ist aus dem Blickwinkel eines Gerichtes, welches nur den konkreten Rechtsstreit als Einzelfall zu entscheiden hat, verständlich, wenngleich gerade vom BGH auch klärende Worte zu Grundsatzfragen erwartet werden dürfen². Nur ist es nicht statthaft, aus solchen Entscheidungen, welche keine grundlegende Klärung bezwecken, weitergehende Schlüsse zu ziehen³ und Leitlinien für die Frage des prognostischen

1 Steindorff, ZGR 1978, S.784.

2 Steindorff, ZGR 1978, S.784.

3 Zu den besonderen Voraussetzungen der richterlichen Klärung solcher, über den konkreten Fall hinausgehenden Grundsatzfragen vgl. Larenz, Methodenlehre, S.428. Danach muß erstens eine "unerträgliche Rechtsunsicherheit" vorliegen und zweitens das Gericht "die wirtschaftlichen, sozialpolitischen und sonstigen Auswirkungen seiner Regel" voll überblicken können. Zu der Pflicht Präjudizien vor einer Übernahme sorgfältig auf ihre wahre Bedeutung zu prüfen, vgl. Larenz, a.a.O., S.422f.

Zeithorizontes zu konstruieren¹. Dies gilt um so mehr, als es sich bei der fraglichen Stelle des Sachs/GKN-Beschlusses nur um eine Auseinandersetzung des BGH mit der Regierungsbegründung handelt. Der Regierungsbegründung kommt aber keine Gesetzeskraft zu². Sie ist lediglich von interpretatorischer Bedeutung.

Es ist daher eine eigenständige Prüfung angebracht, bei der die Aussagen der Regierungsbegründung, welche schließlich nur den Erkenntnisstand zum Zeitpunkt des Erlasses eines Gesetzes widerspiegeln, nicht überbewertet werden dürfen.

III. Die Leistungsfähigkeit der Prognosemethoden einerseits und die Wahrscheinlichkeitsanforderungen andererseits als Bestimmungsgrößen für den prognostischen Zeithorizont

Ansatzpunkt für die Bestimmung der zeitlichen Reichweite der Prognosen müssen die oben³ vorgetragenen Überlegungen zur Prognosewahrscheinlichkeit sein. Hiernach sind Prognosen als Grundlage eines kartellrechtlichen Eingriffes nur dann sinnvoll und zulässig, wenn sie ein hinreichendes Maß an Wahrscheinlichkeit aufweisen. Nach nahezu einhelliger Auffassung nimmt der Wahrscheinlichkeitsgrad von Prognosen aber ab, je weiter der Zeithorizont in die Zukunft reicht. Vergegenwärtigt man sich diesen Zusammenhang zwischen Zeithorizont und Wahrscheinlichkeit, so wird klar, daß der Prognosehorizont keine absolute Größe ist, sondern durch die Fähigkeit der Prognostiker begrenzt wird, überhaupt klar umrissene Blicke in die Zukunft werden zu können. Nach dem augenblicklichen Stand

1 So aber die Arbeitsunterlage für den Arbeitskreis Kartellrecht, a.a.O., S.10ff.

2 Steindorff, a.a.O., S.784; Moosecker, GRUR 1978, S.524f.; Schütz, WuW 1979, S.8f.; Kleb, S.128f.; Allgemeingültiges zur begrenzten Bedeutung des Willens des Gesetzgebers für die Normauslegung bei Larenz, a.a.O., S.302ff.

3 S.142ff.

der Wissenschaft - und nichts spricht dafür, daß sich hier alsbald eine Änderung anbahnt - ist dies nur im kurz- bis mittelfristigen Bereich möglich. Im Regelfall sind daher auch nur solche Zukunftsentwicklungen berücksichtigungsfähig, welche sich innerhalb dieses Bereiches bewegen.

Demgegenüber hat es z.B. keinerlei Sinn, Zukunftsprognosen über extrem lange Zeiträume - etwa hundert Jahre und mehr - anzustellen. Derartige Vorhersagen haben allenfalls den Wahrscheinlichkeitsgrad bloßer Spekulationen. Als Basis eines kartellrechtlichen Eingriffs sind sie untauglich.

Ausnahmen von der in der Regel kurz- bis mittelfristigen Betrachtungsweise greifen nur dann Platz, wenn sich besondere Umstände nachweisen lassen, welche die künftigen Abläufe auch auf längere Zeiträume hin kalkulierbar machen. Als Beispiel seien die langfristigen Demarkations- und Konzessionsverträge der Elektrizitätswirtschaft genannt, welche das Bundeskartellamt mit Recht zur Grundlage seiner Prognoseentscheidung im "Veba-Stadtwerke Wolfenbüttel"-Fall¹ gemacht hat. Wegen der komplexitätsreduzierenden Wirkung dieser Verträge war in jenem Fall eine weiterreichende Vorausschau möglich.

Die Möglichkeit derartiger Ausnahmefälle darf jedoch nicht den Blick für die Erkenntnis verstellen, daß dem Rechtsanwender und Prognostiker im Regelfall ein den mittelfristigen Bereich überschreitendes, weiteres Vordringen in die Zukunft versperrt bleibt.

1 BKartA, WuW/E BKartA 1861.

G. PROGNOSEN HINSICHTLICH NOCH NICHT EXISTIERENDER MÄRKTE

1. Mögliche Fallgestaltungen

Der in dieser Arbeit herausgearbeitete zukunftsbezogene Ansatz der meisten Kartellrechtsvorschriften¹ legt es nahe, nicht nur die künftige Entwicklung bereits existenter Märkte zu berücksichtigen. Vielmehr eröffnen sich interessante Perspektiven im Hinblick auf Märkte, welche zum Zeitpunkt der Behördenentscheidung bzw. des inkriminierten Verhaltens noch gar nicht bestehen. Von "neuen" Märkten soll in diesem Zusammenhang nur dann die Rede sein, wenn die neuentwickelten Produkte eine derartige Eigenständigkeit aufweisen, daß sie nicht in Substitutionskonkurrenz zu bestehenden Waren treten. Demgegenüber betreffen Wettbewerbsbeschränkungen, welche Substitutionsprodukte zum Gegenstand haben, keinen zukünftigen, sondern einen bereits bestehenden Markt, wenngleich auch zu ihrer Beurteilung Prognosen erforderlich sind. Die Berücksichtigung erst in der Entwicklung befindlicher Märkte liegt jedenfalls grundsätzlich nicht außerhalb der Reichweite etwa der Fusionskontrolle oder des Kartellverbotes. Die hiermit verbundenen Probleme haben bislang im Schrifttum - soweit ersichtlich - kaum Beachtung gefunden². Dies ist um so erstaunlicher, als die angesprochene Fallkonstellation in einer Zeit rasch fortschreitender technologischer Entwicklungen von besonderer Bedeutung ist.

Bilden z.B. zwei Unternehmen ein gemeinschaftliches Tochterunternehmen, um ein erst in groben Umrissen bekanntes Produkt zur Marktreife zu entwickeln und im weiteren Verlauf auf dem Markt anzubieten (z.B. neuartige, energiesparende Kraftfahrzeugantriebe oder düsengetriebene "Flugplattformen" für jeder-

1 Vgl. oben Teil 1 der Arbeit.

2 Ansätze finden sich im Frankfurter Komm., § 24 GWB Rdn.48.

mann), so existiert im Zeitpunkt des Zusammenschlusses noch kein aktueller Produktmarkt. Dennoch besteht die Möglichkeit, daß bei plangemäßigem Verlauf des Projektes in der Zukunft eine marktbeherrschende Stellung entsteht, welche nicht erreicht worden wäre, wenn beide Unternehmen ihre Forschungs- und Entwicklungsarbeiten getrennt als Konkurrenten betrieben hätten und welche somit kausal auf den Zusammenschluß zurückzuführen ist.

Ebenso sind Verhaltensweisen, welche den Wettbewerb auf zukünftigen Märkten tangieren, auch im Bereich des Kartellverbots vorstellbar. Bedenken in dieser Hinsicht weckt die sogenannte "Stereoton-Absprache", deretwegen der das BKartA derzeit ermittelt und welche sich nach Veröffentlichungen der Presse wie folgt darstellt¹: Die Vertriebschefs der deutschen Unterhaltungselektronik-Hersteller hatten sich im Frühsommer 1981 zu einer Fachverbandssitzung getroffen. Dort sollte Übereinstimmung darüber herbeigeführt werden, die neue Technik des Stereoton-Zweikanalverfahrens für Farbfernsehgeräte nicht sofort, sondern erst zur Funkausstellung 1981 der Öffentlichkeit und dem Handel vorzustellen². Es sollten also die Aktionsparameter der Unternehmen im Hinblick auf einen im Zeitpunkt der Zusammenkunft noch nicht existenten Markt koordiniert werden.

Ein interessantes Beispiel für eine Prognose der Verhältnisse auf einem "Zukunftsmarkt" findet sich auch in der Fruehauf-Entscheidung³ eines US-amerikanischen Bundes-Appellationsgerichtes aus dem Jahre 1979. Diese Entscheidung betraf den Markt für "antiskid brake devices (ASBD)", einer technischen Einrichtung, welche das Blockieren von Druckluft-LKW-Anhänger-Bremsen verhindern soll. Diese technisch wie finanziell verhältnismäßig aufwendigen Einrichtungen waren aufgrund des

1 Vgl. FAZ vom 9.9.1981, S.15.

2 Lediglich die Firma Loewe Opta zeigte sich von Anfang an nicht zu einer derartigen Absprache bereit.

3 Fruehauf Corp. v. Federal Trade Commission, 603 F.2d. 345ff. (2d Circuit 1979).

"Standard 121", einer im Jahre 1975 erlassenen Vorschrift der National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA), welche strenge Anforderungen an die Bremswege von LKW-Zügen stellte, notwendig geworden. Zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung existierte ein Markt für ASBDs jedoch schon nicht mehr. Der Standard 121 war nämlich aufgrund einer Klage der LKW-Hersteller im Jahre 1978 wegen technischer Unzulänglichkeiten der ASBDs aufgehoben worden, ein Einbau dieser Anlagen daher nicht mehr zwingend. Eine freiwillige Nachfrage für diese Produkte gab es in den Jahren 1978 und 1979 nicht. Mangels eines aktuellen Marktes prüfte das Gericht in seiner Fusionskontrollentscheidung daher nur noch, ob mit einer zukünftigen Neuerstehung eines ASBD-Marktes zu rechnen war. Bei dieser Prognose stellte es auf die Erfahrungen der Vergangenheit ab, die gezeigt hatten, daß die LKW-Hersteller ohne gesetzlichen Zwang offenbar nicht bereit waren, dieses Produkt zu akzeptieren. Zwar schloß das Gericht die Möglichkeit nicht aus, daß es den ASBD-Herstellern in Zukunft gelingen könnte, die Zuverlässigkeit ihres Systems zu verbessern und die Kosten auf ein attraktives Niveau zu senken. Auch wurde vom Gericht die Möglichkeit eines erneuten Eingreifens des Gesetzgebers nicht von vornherein ausgeschlossen. Diese theoretischen Möglichkeiten hielt es jedoch nicht für ausreichend, um ein zukünftiges Neuerstehen des ASBD-Marktes mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit ("reasonable probability")¹ festzustellen.

Die Entstehung marktbeherrschender Stellungen wird von der Monopolkommission auch auf dem erst zukünftig entstehenden Markt der privaten Rundfunk- und Fernsehveranstalter befürchtet². Die Monopolkommission schlägt vor, die Erteilung von Rundfunklizenzen rechtlich wie Unternehmenszusammenschlüsse zu beurteilen. Wegen der technischen Besonderheiten der Veranstaltung von Rundfunkprogrammen ist dieser Vorschlag aber

1 Fruehauf Corp. v. Federal Trade Commission, a.a.O., S.356.

2 Monopolkomm., Sondergutachten 11, 1981.

Bedenken ausgesetzt¹. Hinzu kommt, daß die Monopolkommission ihren Vorschlag mehr mit medienpolitischen als mit kartellrechtlichen Argumenten gerechtfertigt hat. Anhand des Spezialproblems der privaten Rundfunk- und Fernsehveranstaltungen lassen sich daher wenig Erkenntnisse für die generelle kartellrechtliche Würdigung im Entstehen begriffener Märkte gewinnen.

2. Die Zurückhaltung der Kartellrechtspraxis

Es ist festzustellen, daß bisher² weder in den USA noch in der Bundesrepublik Deutschland eine Untersagungsverfügung auf zu erwartende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs auf einem erst zukünftig entstehenden Markt gestützt wurde, obwohl eine derartige Möglichkeit im Grundsatz zu bejahen ist und von den Gerichten und Kartellbehörden in den oben vorgestellten, besonders gelagerten Fällen auch andiskutiert wurde.

Diese Abstinenz der Gerichte und Kartellbehörden hat seinen Grund darin, daß sich die Prognoseprobleme vervielfältigen, wenn es gilt, die Verhältnisse auf Märkten zu prognostizieren, welche im Zeitpunkt der Entscheidung noch gar nicht existieren. Anhaltspunkte aus der bisherigen Marktentwicklung können nämlich - sofern nicht eine besondere, nur selten anzutreffende Fallgestaltung wie im Fruehauf-Fall vorliegt - anders als im Normalfall nicht gewonnen werden. Hierdurch wird die Prognose erheblich erschwert. So können speziell die Extrapolationsmethoden³ nicht zu Anwendung kommen.

Insbesondere ist es schwierig, die wesentlich vom Nachfrageverhalten abhängigen Dimensionen des künftigen Marktes abzu-

1 Vgl. die kritische Diskussion in WuW 1982. S.261ff.

2 Das "Stereoton-Verfahren" ist noch nicht abgeschlossen; im Fall Saarbergwerke/VEBA wurde eine Zusage zur Vermeidung einer Untersagung entgegengenommen; vgl. WuW 1981, S.618f.

3 Vgl. hierzu oben, S.110ff.

schätzen. So ist es möglich, daß sich die neuen Produkte als "Flops" erweisen und schnell wieder in der Versenkung verschwinden, ohne daß sich überhaupt ein Markt in nennenswertem Umfang entwickelt hätte. Auch ist es kaum möglich, vorherzusehen, ob in den neu entstehenden Markt Konkurrenten eintreten werden und in welchen Zeitfolgen dies geschehen wird. Neben dem Problem festzustellen, welche Unternehmen überhaupt in Betracht kommen, müßten nämlich Erkenntnisse darüber gewonnen werden, wieweit deren Entwicklungsarbeiten gediehen sind. Derartige Informationen werden aber von den Unternehmen, die ihre Forschungs- und Entwicklungsarbeiten aus berechtigten Interessen in der Regel der Geheimhaltung unterstellen, kaum zu erlangen sein. Eine rechtliche Handhabe, um Auskünfte von Unternehmen zu erzwingen, welche an den inkriminierten Wettbewerbsverstößen nicht beteiligt sind, besteht aber nur beschränkt. So kann die Kartellbehörde nach § 46 I GWB Auskunft nur über die wirtschaftlichen Verhältnisse von Unternehmen, nicht aber über deren Forschung und Entwicklung verlangen.

Daß eine Prognose trotz dieser Widrigkeiten nicht unmöglich ist, zeigt sich daran, daß eine ähnliche Problematik auch bei der Prüfung potentiellen Wettbewerbs bewältigt werden muß und kann¹. Die dort entwickelten Grundsätze müßten auch hier zur Anwendung kommen. Den Faktoren Marktnähe, Finanzkraft, technische Leistungsfähigkeit, Innovationsfreude sowie Fragen des Patentschutzes kommt dabei besondere Bedeutung bei.

Dennoch ist bei der Einbeziehung zukünftiger Märkte in die kartellrechtliche Beurteilung ein behutsames Vorgehen angebracht. Diese Märkte haben, wie schon erwähnt wurde, in der Regel neuartige Produkte, "technische Pionierleistungen", zum Gegenstand. Die oben herangezogenen Beispielsfälle Fernseh-Stereoton und Anti-Blockier-System für LKW-Bremsen zeigen

1 Vgl. hierzu oben S.68ff.

dies ebenso deutlich wie das fiktive Beispiel der neuen energiesparenden Antriebssysteme.

Vielfach werden sich solche zukünftigen Märkte, wenngleich die Galbraithsche These von der Überlegenheit der großen Unternehmenseinheiten¹ in ihrer Absolutheit durchaus zweifelhaft ist, nur durch gemeinschaftliche Arbeit mehrerer Unternehmen erschließen lassen. Dies gilt besonders für Klein- und Mittelunternehmen mit beschränktem Zugang zu den erforderlichen finanziellen und technischen Ressourcen. Demgegenüber wird es für Großunternehmen, welche über ein entsprechendes Potential verfügen, ohnehin sinnvoller sein, im Alleingang vorzugehen, um sich in den uneingeschränkten Genuß der in der Regel überdurchschnittlichen Pioniergewinne zu bringen.

In jedem Fall erscheint es angebracht, soweit zukünftige Märkte in Frage stehen, die Möglichkeit des Eingreifens der kartellrechtlichen Ausnahmetatbestände (z.B. §§ 8, 24 III GWB) besonders sorgfältig zu prüfen. Insbesondere gilt dies dann, wenn die Wettbewerbsfähigkeit der betroffenen Unternehmen gegenüber dem Ausland tangiert ist, ein Fall, der in § 24 III S.1 letzter Halbs. GWB ausdrücklich angesprochen wird. In bestimmten Fällen können die Forschungs- und Entwicklungskosten schließlich selbst die Finanzkraft einzelner Großunternehmen übersteigen². Der Gesetzgeber hat dem durch Schaffung der Ausnahmenvorschrift des § 23a I Nr.2, 2.Halbs. GWB Rechnung getragen.

Alles in allem ist festzuhalten, daß die Erfassung zukünftiger Märkte mit den kartellrechtlichen Instrumentarien vom Sinn und Zweck des Gesetzes gedeckt und theoretisch möglich ist. In praktischer Hinsicht dürften auf diesen Gesichtspunkt gestützte Untersuchungsverfügungen wegen der erheblichen Prognose-schwierigkeiten einerseits sowie der oft in Betracht kommenden Legalisierungstatbestände andererseits aber wohl eher eine Ausnahme darstellen.

1 Vgl. Galbraith, Die moderne Industriegesellschaft, S.76ff.

2 Vgl. Harms, GK, § 23a GWB Rdn.226; Kleb. S.193f.

DRITTER TEIL

DIE GERICHTLICHE ÜBERPRÜFBARKEIT DER PROGNOSEN

Der bisherige Gang der Untersuchung hat gezeigt, daß Prognosen den Charakter von Wahrscheinlichkeitsurteilen haben. Dies bringt es mit sich, daß innerhalb einer bestimmten Bandbreite eine Vielzahl von Entscheidungen möglich sind, welche annähernd den gleichen Wahrscheinlichkeitsgrad aufweisen und daher allesamt vertretbar sein können. Bei diesem Befund wirft sich die Frage auf, ob Prognoseentscheidungen einen Beurteilungsspielraum für die Kartellbehörden eröffnen oder der vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegen.

Diese Frage nach der gerichtlichen "Kontrollidichte"¹ von Prognoseentscheidungen ist nicht nur im Kartellrecht, sondern auch im allgemeinen Verwaltungsrecht umstritten. Bevor auf die Besonderheiten des Kartellrechts eingegangen wird, soll zunächst der Meinungsstand in der allgemeinen Verwaltungsrechtsdogmatik kurz skizziert werden.

A. DER MEINUNGSSTAND IM ALLGEMEINEN VERWALTUNGSRECHT

In der verwaltungsrechtlichen Diskussion wird eine Entscheidungsprärogative der Verwaltung häufig mit dem Hinweis auf den prognostischen Charakter der zu treffenden Entscheidung gerechtfertigt². Angesichts dessen stellt Nierhaus fest: "Die Prognoseentscheidung" figuriert inzwischen schon als topos für gerichtsfreie Räume³. Die Argumentation der Verfechter eines

1 Zu diesem Begriff Lerche, S.337.

2 Ossenbühl, Gutachten, S. B 188ff.; ders., DVBl. 1974, S.313; Rupert Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S.110; ders., VVDStRL 34 (1976), S.184; Seidler, S.86ff.; Stürer, DVBl. 1974, S.317.

3 Nierhaus, DVBl. 1977, S.21.

generellen Beurteilungsspielraums für Prognoseentscheidungen der Verwaltung lehnt sich dabei eng an die im Hinblick auf die Nachprüfbarkeit legislativer Entscheidungen allgemein anerkannte Lehre vom gesetzgeberischen Prognosefreiraum an¹.

Die generelle Übertragung dieser Leitlinien auf Verwaltungsentscheidungen ist aber bedenklich². Der gesetzgeberischen Grundentscheidung kommt nämlich im Rahmen des vom Gewaltenteilungsgrundsatz bestimmten verfassungsrechtlichen Kompetenzgefüges eine andersartige Wertigkeit zu als der Entscheidung der Verwaltung. Legislativ- und Exekutiventscheidungen gehören in unterschiedliche rechtliche Kategorien³ und bedürfen differenzierter rechtlicher Bewertung. Das BVerfG hat diese unterschiedliche Qualität von legislativen und administrativen Entscheidungen in seiner "Wesentlichkeitstheorie"⁴, wonach die grundlegenden Entscheidungen einer gesetzlichen Regelung bedürfen, deutlich zum Ausdruck gebracht.

Eine grundsätzliche Gleichstellung der Prognoseentscheidungen der Verwaltung mit denen des Gesetzgebers würde im Ergebnis zu einer bloßen Evidenzkontrolle führen und dem in Art.19 IV GG verankerten Gebot effektiven Rechtsschutzes zuwiderlaufen.

Eine "administrative Gestaltungsfreiheit"⁵ für zukunftsbezogene Entscheidungen läßt sich daher nicht generell bejahen, sondern nur dann, wenn sich im konkreten Normzusammenhang Anhaltspunkte für eine Befugnis der Behörde zur Letztentscheidung finden lassen⁶. Dementsprechend stellt auch die Rechtsprechung

1 Hierzu unten S.186f.

2 Kritisch Badura, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bayerischen VGH, S.162ff; Blümel, DVBl. 1975, S.699; Breuer, Der Staat 16 (1977), S.21ff., 35, 48; Nierhaus, a.a.O., S.21; Tettinger, S.430; Hoppe, DVBl. 1975, S.691ff.

3 Vgl. Badura, a.a.O.

4 BVerfGE 49, S.126ff.

5 Tettinger, S.430.

6 Ebenso Hoppe, DVBl. 1975, S.691; Nierhaus, a.a.O., S.21; Breuer, a.a.O., S.48; Tettinger, S.430.

Prognosen nur beim Vorhandensein bestimmter Entscheidungsstrukturen von einer Gerichtskontrolle frei. Es haben sich folgende Fallgruppen herausgebildet:

I. Höchstpersönliche Wertungen

Zunächst sind hier die höchstpersönlichen, von einer Individualbewertung abhängigen Entscheidungen zu nennen¹. Zu dieser Fallgruppe, welche von der Rechtsprechung schon früh als Gegenstand von Entscheidungsprärogativen der Verwaltung anerkannt wurde, zählen beispielsweise Prüfungsentscheidungen oder dienstliche Beurteilungen². Anknüpfungspunkt für die Gewährung des Beurteilungsspielraumes ist einerseits, daß die Beurteilung das Ergebnis einer nicht wiederholbaren und für das Gericht nicht nachvollziehbaren Situation darstellt; andererseits, daß sie als Ausdruck einer höchstpersönlichen Bewertung anzusehen ist.

II. Entscheidungen unabhängiger Kollegialorgane

Weiterhin wird in Rechtsprechung und Literatur ein Beurteilungsspielraum für Entscheidungen bejaht, welche von unabhängigen Kollegialorganen in einem justizähnlichen Verfahren ge-

1 Nierhaus, a.a.O., S.23, unterteilt diese Gruppe in "wertende" und "unvertretbare" Prognoseentscheidungen. Diese Differenzierung ist jedoch, wegen des engen Sachzusammenhanges, in dem sich diese beiden Untergruppen befinden, entbehrlich. Dies wird gerade anhand des von Nierhaus zitierten Beispiels der Prüfungsentscheidungen deutlich. Nierhaus zählt diese zu den unvertretbaren Entscheidungen. Sie sind aber - abgesehen von den situationsbedingten Gründen - gerade deshalb unvertretbar, weil sie persönlichkeitsbedingte Werturteile enthalten, könnten also ebensogut zu den wertenden Entscheidungen gezählt werden.

2 BVerfGE 39, 352f. sowie BVerwGE 5, 162; 8, 273f. (st.Rsp.).

troffen werden¹. Als grundlegend ist insoweit die Entscheidung des BVerwG in Sachen Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften anzusehen².

Maßgeblicher Gesichtspunkt für die Anerkennung einer Entscheidungsprärogative war hierbei, daß es sich bei der Bundesprüfstelle um ein nach pluralistischen Grundsätzen gebildetes Kollegialorgan handelt, dessen Zusammensetzung sowohl Fachkenntnisse als auch "Elemente gesellschaftlicher Repräsentanz"³ gewährleistete und dessen Entscheidungen sich im Hinblick auf den Vorgang der Meinungsbildung als unvertretbar darstellten.

III. Planerische Entscheidungen

Schließlich existiert noch eine dritte Gruppe von gerichtlich nur beschränkt überprüfbaren Prognoseentscheidungen, die der planerisch-gestaltenden Prognoseentscheidungen⁴.

Bei diesen Entscheidungen nimmt die Administration aufgrund gesetzlicher Zuweisung eine "Planungsaufgabe"⁵ wahr. Die Durchführung dieser final-gestaltenden Planungsaufgabe ist ohne eine entsprechende Gestaltungs- und Prognosefreiheit nicht vorstellbar⁶. Die Verwaltung hat in diesem Bereich eine originäre Planungskompetenz, mit der Folge, daß die der Planung zugrunde liegenden Prognosen nur beschränkt überprüft

1 BVerwGE 39, 197ff.; hierzu ausführlich Tettinger, S.426ff. m.w.Nachw.

2 BVerwGE 39, 197ff.

3 BVerwGE 39, S.204.

4 BVerwGE 34, 304ff.; 45, 112ff.; BVerwG, DVBl. 1975, S.492; BVerwG, NJW 1979, S.64ff.; Redeker, DöV 1971, S.760f.; Ossenbühl, Gutachten, S. B 188ff.; ders., DVBl. 1974, S.313; Papier, DVBl. 1975, S.461ff.; Nierhaus, a.a.O., S.23f.; kritisch zur Anerkennung einer derartigen Fallgruppe Tettinger, S.459.

5 Nierhaus, a.a.O., S.24.

6 BVerwE 34, 304; 45, 116.

werden können¹. Aufgrund dieser der Verwaltung vom Gesetz eröffneten Planungskompetenz hat im Zusammenhang mit den planerischen Prognosen auch der insbesondere von Ossenbühl generell zur Rechtfertigung eines Prognosespielraumes herangezogene Gesichtspunkt der "Verwaltungsverantwortung"² seinen legitimen Platz.

IV. Ergebnis

Festzuhalten bleibt, daß behördliche Prognosen, abgesehen von den Fällen, in denen besondere Gründe für die Anerkennung eines Beurteilungsspielraumes sprechen, generell einer vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegen.

B. DER MEINUNGSSTAND IM KARTELLRECHT

Normativer Ansatz für die Beurteilung der Problematik im Kartellrecht ist die Vorschrift des § 70 V Satz 1 GWB, welche zahlreiche Parallelen zu § 114 VwGO aufweist.

Zwar behandelt diese Vorschrift ohne nähere Differenzierung nur das "Ermessen" der Kartellbehörde, so daß nach dem Wortlaut offenbleibt, ob hierunter das Ermessen auf der Rechtsfolgenseite der Norm oder auch der Beurteilungsspielraum auf der Tatbestandsseite - welcher bei Prognoseentscheidungen allein in Betracht kommt - gemeint ist.

Entstehungsgeschichte, Systematik sowie Sinn und Zweck der Vorschrift machen jedoch deutlich, daß unter den Ermessensbe-

1 Kritisch, soweit gerade die Prognosekomponente der Planung betroffen ist, Hoppe, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd.I, S.688f.

2 Ossenbühl, DVBl. 1974, S.313; ders., DöV 1976, S.467; vgl. zu diesem Aspekt auch Rupert Scholz, VVDStRL 34 (1976), S.145ff. und Schmidt-Aßmann, VVDStRL 34 (1976), S.221ff.

griff des § 70 V GWB auch das kognitive "Tatbestandsermessen", korrekter ausgedrückt der Beurteilungsspielraum, zu subsumieren ist.

Nach der Entstehungsgeschichte der Norm¹, insbesondere einer Äußerung des Abgeordneten Wahl² sollte die behördliche Entscheidung vor allem auf der Tatbestandsseite der Norm zum Gegenstand einer strengen gerichtlichen Kontrolle gemacht werden. Daß bei den Beratungen nicht streng differenziert, sondern durchgängig der Begriff Ermessen gebraucht wurde, steht dem nicht entgegen, sondern ist vor dem Hintergrund erklärlich, daß den Gesetzesverfassern der Unterschied wegen des damaligen Standes der verwaltungsrechtlichen Ermessenslehre³ nicht hinreichend bewußt war.

Deutlich wird die Tragweite des Ermessensbegriffs in § 70 V S.1 GWB auch anhand der Ausnahmenvorschrift des § 70 V S.2 GWB, welche die weitreichenden Überprüfungskompetenzen des Satzes 1 einschränkt. Die dort genannte "Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung" ist klar der Tatbestandsseite zuzurechnen. Es spricht daher alles für die ganz h.M.⁴, wonach § 70 V GWB als sedes materiae für die Frage nach der Überprüfbarkeit der im Kartellrecht anzutreffenden unbestimmten Rechtsbegriffe anzusehen ist.

1 Hierzu eingehend Soell, S.36ff.

2 217. Sitzung des Rechtsausschusses, Wortprotokoll, S.63: "Denn es ist doch nun einmal so, daß dieses Kartellgesetz lauter Rechtsbegriffe verwendet, die nur durch ein gewisses Ermessen ausgefüllt werden können."

3 Zu neueren Tendenzen in der Verwaltungsrechtslehre, die Unterscheidung zwischen Ermessen und Beurteilungsspielraum aufzugeben und einen einheitlichen Ermessensbegriff zu begründen, vgl. Tettinger, S.81ff m.w. Nachw.

4 OLG Hamburg, WuW/E OLG 784 ("Fahrlehrer"); Benkendorff, WuW 1958, S.140; George, S.22ff.; Halbey, WRP 1968, S.351; Kull, JZ 1961, S.683; Soell, S.50ff.; Rinck, Rdn. 1119; Tettinger, S.427; a.A. Rittner, WuW 1969, S.73, Fußn.39; nach Würdinger, WuW 1958, S.402ff., bezieht sich die Vorschrift nur auf die Rechtsfolgenseite der Norm. Gleichwohl bejaht Würdinger eine weitreichende gerichtliche Überprüfungsbefugnis, a.a.O., S.403.

Mit dieser Erkenntnis ist allerdings noch nicht allzuviel gewonnen. Denn auch die Auslegung der Vorschrift des § 70 V S.1 GWB bereitet Schwierigkeiten¹. Der Meinungsstand hinsichtlich der Kontrolldichte ist dementsprechend auch im Kartellrecht differenziert:

Die Gerichte und die wohl herrschende Literaturmeinung² treten - soweit nicht § 70 V S.2 GWB Anwendung findet - für eine umfassende Überprüfung der Behördenentscheidung ein, welche nicht nur eine Rechtmäßigkeits-, sondern auch eine Zweckmäßigkeitskontrolle, d.h. eine Prüfung in außerrechtlicher Sicht, erfassen soll. Diese umfassenden "exekutivischen"³ Befugnisse des Gerichts sollen sowohl im Hinblick auf die Tatbestandsseite als auch die Rechtsfolgeseite der Normanwendung bestehen⁴. Ein Beurteilungsspielraum kommt den Kartellbehörden hiernach bei der Prognoseerstellung nicht zu.

Die andere Auffassung⁵ stellt den Umfang der gerichtlichen Überprüfbarkeit nach § 70 V S.1 GWB mit den allgemeinen

1 Der Abgeordnete Böhm sprach in einem berühmt gewordenen Zitat von der "orakelhaften Dunkelheit" dieser Vorschrift; 222. BT-Sitzung, Stenogr.Berichte II/13, 172.

2 BGHZ 49, 373 (= WuW/E BGH 911 "Fensterglas VI"); KG, WuW/E OLG 1123 ("Fernmeldekabel-Gemeinschaft"); KG, WuW/E OLG 573 ("Thomasphosphat III"); OLG Hamburg, WuW/E OLG 783 ("Fahrlehrer"); OLG München, WuW/E OLG 1036 ("örtliche Stromverteilung"); Rinck, Rdn. 1119; Benkendorff, WuW 1958, S.743; Soell, S.54ff.; Emmerich, Kartellrecht, S.308; Schwippert, S.22ff.; Karsten Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S.575; ders., in Immenga-Mestmäcker, § 70 GWB Rdn.31; Kull, JZ 1961, S.683; Westrick-Loewenheim, § 70 GWB Rdn.28; Schreven in Müller-Gießler-Scholz, § 70 GWB Rdn.23; Bartram, WuW 1979, S.375.

3 Kull, a.a.O., S.685.

4 Vgl. die in Fußnote 2 Genannten.

5 Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1976, S.22; Halbey, WRP 1968, S.351; von Köhler, NJW 1971, S.1537 und 1541; hiergegen Hoffmann=Becking, NJW 1971, S.2209f.; differenzierend Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 70 GWB, Rdn.16, welche sich zwar gegen eine umfassende, auch die Rechtsfolgeseite betreffende Zweckmäßigkeitskontrolle i.S. der h.M. aussprechen, andererseits aber eine volle Nachprüfbarkeit auf der Tatbestandsseite befürworten.

verwaltungsrechtlichen Kontrollbefugnissen nach §§ 113, 114 VwGO gleich. Diese Ansicht eröffnet in den Fällen eine Entscheidungsprärogative, in denen neben den Prognosecharakter der Entscheidung ein weiteres Element tritt, welches für einen Beurteilungsspielraum spricht.

C. KEIN ALLGEMEINER BEURTEILUNGSSPIELRAUM BEI DER PROGNOSEERSTELLUNG

Unabhängig davon, ob man im Grundsatz der h.M. folgt und im Rahmen des § 70 V S.1 GWB eine erweiterte Kontrollbefugnis der Gerichte annimmt oder ob man allgemeine verwaltungsrechtliche Grundsätze zur Anwendung bringen will, ist eine Entscheidungsprärogative der Behörden für kartellrechtliche Prognoseentscheidungen zu verneinen.

I. Auslegung des § 70 V S.1 GWB

Dieses Ergebnis folgt zum einen aus einer Auslegung des § 70 V S.1 GWB. Für die herrschende Meinung spricht schon der Wortlaut dieser Vorschrift, der - anders als § 114 VwGO - nicht nur die Rechtmäßigkeit zum Maßstab der gerichtlichen Kontrolle erhebt, sondern von "Fehlsamkeit" spricht. Dieser Begriff ist aber deutlich weiter¹.

Ebenso kann man eine umfassende Kontrollbefugnis der Gerichte auch einem Umkehrschluß aus § 70 V S.2 GWB entnehmen. Diese Ausnahmenvorschrift stellt die behördliche Entscheidung, soweit die "Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung"² betroffen ist, ausdrücklich von einer Kontrolle frei.

1 Hierzu ausführlich Benkendorff, WuW 1958, S.744ff.

2 Zur Reichweite dieser Ausnahmenvorschrift vgl. unten S.181ff.

Hieraus ergibt sich, daß Prognosen, welche sich nicht auf diese gesamtwirtschaftliche Entwicklung beziehen, uneingeschränkt überprüft werden können. Ansonsten wäre der Satz 2 des § 70 V GWB überflüssig.

II. Nutzbarmachung der allgemeinen Verwaltungsrechtsdogmatik

Auch wenn man der abweichenden Auffassung folgt, wonach im Hinblick auf § 70 V GWB keine Besonderheiten gegenüber dem allgemeinen Verwaltungsrecht bestehen, kann man Entscheidungsprärogative der Kartellbehörden nur insoweit anerkennen, als sie durch Satz 2 der Vorschrift ausdrücklich angeordnet sind.

Dies ergibt sich aus den oben¹ dargestellten Grundsätzen der allgemeinen Verwaltungsrechtsdogmatik. Danach sind Prognosen nicht grundsätzlich im gerichtsfreien Raum angesiedelt, sondern können von den Gerichten voll überprüft werden. Nur in besonderen Fallgruppen² werden Beurteilungsspielräume anerkannt. In diesen Fällen müssen neben den Prognosecharakter der Entscheidung besondere Gründe treten, welche für einen behördlichen Beurteilungsspielraum sprechen. Solche Gründe sind aber bei den im Kartellrecht anzutreffenden Prognoseentscheidungen nicht ersichtlich.

a) Daß die kartellrechtlichen Prognoseentscheidungen nicht in die Fallgruppe der höchstpersönlichen Entscheidungen fallen, bedarf keiner näheren Darlegung. Denn sie sind - im Gegensatz etwa zu Prüfungsentscheidungen oder dienstlichen Beurteilungen - weder unvertretbar, d.h. von einer persönlichen, nicht gerichtlich nachvollziehbaren Einschätzung abhängig, noch von kulturellen oder moralischen Wertvorstellungen geprägt.

1 S.170ff.

2 Vgl. oben S.172ff.

b) Ein Beurteilungsspielraum könnte jedoch der praktisch bedeutsamsten Kartellbehörde, dem Bundeskartellamt, wegen der spruchkammerartigen Zusammensetzung der Beschlußabteilungen¹ zukommen. Es könnten hier die Grundsätze Anwendung finden, welche das BVerwG in seiner Entscheidung zur Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften² entwickelt hat.

Dort hatte das BVerwG einen Beurteilungsspielraum bejaht, weil die Bundesprüfstelle ein ausgewogenes, unabhängiges Kollegialorgan darstelle, welche sowohl Fachkenntnisse als auch aufgrund seiner pluralistischen Besetzung ein hinreichendes Maß an gesellschaftlicher Repräsentanz in sich vereine.

Diese Erwägungen können indessen nicht ohne weiteres auf die Beschlußabteilungen des Bundeskartellamtes übertragen werden. Zwar wird man den Beschlußabteilungen des Bundeskartellamtes nicht die entsprechenden Fachkenntnisse absprechen können. Auch entscheiden sie in einem justizförmigen Verfahren³. An den weiteren Elementen, die das BVerwG zur Anerkennung eines Beurteilungsspielraumes für Kollegialorgane bewogen haben, fehlt es aber. So besteht keine eindeutige Weisungsfreiheit des Bundeskartellamtes. Im Hinblick auf Einzelweisungen wird eine solche zwar zuweilen im Schrifttum postuliert⁴, sie findet jedoch angesichts einer fehlenden positivgesetzlichen Regelung keine hinreichende Rechtsgrundlage. Vielmehr kommen die allgemeinen organisationsrechtlichen Grundsätze über die behördlichen Weisungsbefugnisse zur Anwendung. Hiernach ist das Bundeskartellamt als selbständige Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministers für Wirtschaft (§ 48 I GWB) an dessen Weisungen gebunden⁵. Im übrigen besteht

1 Hierzu Rittner, Festschrift für Heinz Kaufmann, S.315ff. mit Hinweisen auf die Entstehungsgeschichte des kartellbehördlichen Spruchkammersystems.

2 BVerwGE 39, 197ff.

3 Rittner, a.a.O., S.315.

4 Rittner, a.a.O., S.318ff.; Emmerich, Kartellrecht, S.305.

5 Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 48 GWB Rdn.1; Junge in GK, § 48 Rdn.2, m.w.Nachw.

angesichts der eindeutigen gesetzlichen Anordnung in § 49 GWB kein Streit darüber, daß der Bundesminister für Wirtschaft "allgemeine Weisungen für den Erlaß oder die Untersagung von Verfügungen" erlassen darf. Dies reicht aber aus, um eine der Bundesprüfstelle vergleichbare Unabhängigkeit des Bundeskartellamtes auszuschließen.

Auch ein weiterer, in der "Bundesprüfstellen-Entscheidung" des BVerwG maßgeblicher Gesichtspunkt trifft auf das Bundeskartellamt nicht zu. Die Beschlußabteilungen vertreten nämlich nicht unterschiedliche gesellschaftliche Gruppen, sondern werden nach den allgemeinen Grundsätzen für die Personalpolitik von Behörden mit Berufsbeamten besetzt, die als solche gerade nicht den Einzelinteressen gesellschaftlicher Gruppen dienen dürfen.

Die spruchkammerartige Organisation des Bundeskartellamtes führt daher nicht zu einem Beurteilungsspielraum¹.

c) Weiterhin stellt sich die Frage, ob ein Beurteilungsspielraum für kartellrechtliche Prognosen wegen ihrer Nähe zur dritten Fallgruppe der nur beschränkt überprüfbaren Prognoseentscheidungen, den planerischen Verwaltungsentscheidungen, zu bejahen ist.

Die eingeschränkte Überprüfbarkeit derartiger Entscheidungen wird damit gerechtfertigt, daß den Verwaltungsbehörden eine originäre Planungskompetenz zukomme, welche die Befugnis einschließe, die der Planung zugrundeliegenden Prognosen letztverbindlich zu treffen². Diese Überlegung kann aber im Kartellrecht nicht gelten. Das Kartellrecht dient in einer sozialen Marktwirtschaft gerade nicht der Wirtschaftsplanung, sondern dem Schutz des freien Wettbewerbs, also dem Schutz der Planungsfreiheit der Wirtschaftssubjekte. Kartellrechtliche Progno-

1 Zu demselben Ergebnis kommt Tettinger, S.427, der allerdings die Heranziehung der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze wegen des "besonderen Kontrollrahmens in § 70 GWB" von vornherein ablehnt.

2 Siehe oben S.173.

seentscheidungen sind daher keine planerischen, sondern solche, die in ihrer Zielrichtung mit denen der Gefahrenabwehr vergleichbar sind¹. Im Bereich der Gefahrenabwehrprognose ist die uneingeschränkte gerichtliche Nachprüfbarkeit aber allgemein anerkannt².

d) Schließlich ist bei der Beantwortung der Frage, ob ein Beurteilungsspielraum anzuerkennen sei oder nicht, auch das aus Art.19 IV GG folgende Gebot effektiven Rechtsschutzes zu beachten.

Dieses erfordert nämlich grundsätzlich eine volle gerichtliche Nachprüfbarkeit nicht nur in rechtlicher, sondern auch in tatsächlicher Hinsicht³. Angesichts des Ranges dieser Grundrechtsnorm müßten sich schon besonders gewichtige Gründe für die Anerkennung eines Prognosespielraumes ausmachen lassen.

e) Nach alledem ergibt sich somit auch unter Zugrundelegung der Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts kein Prognosespielraum der Verwaltung. Vielmehr unterliegen die Prognoseentscheidungen des Kartellrechts einer uneingeschränkten Gerichtskontrolle, welche nur in den Fällen des § 70 V S.2 GWB durch besondere Kontrollmaßstäbe verdrängt wird.

D. DIE EINSCHRÄNKUNG DER KONTROLLDICHTEN DURCH

§ 70 V S.2 GWB

Eine Einschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte beinhaltet § 70 V S.2 GWB: nach dieser Vorschrift ist den Gerichten

1 Vgl. oben S.155.

2 Vgl. Drews-Wacke-Vogel-Martens, Bd.1, S.230ff.; Friauf, S.172f.; Rietdorf-Heise-Böckenförde-Strehlau, § 1 OBG Rdn.12; Breuer, Der Staat 16 (1977), S.49; a.A. Ossenbühl, DöV 1976, S.466f.

3 Vgl. Dürig in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art.19 IV GG Rdn.47.

die "Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung" entzogen.

Die Reichweite dieser Einschränkung der gerichtlichen Überprüfbarkeit ist aufgrund der Weite der Tatbestandsformulierung nicht ganz leicht zu bestimmen.

So deutet der Wortlaut der Vorschrift darauf hin, daß eine gerichtliche Überprüfung überall dort ausgeschlossen ist, wo die Kartellbehörde bei ihrer Entscheidung die gesamtwirtschaftliche Entwicklung berücksichtigen muß. Nach dieser Auslegung wäre eine gerichtliche Nachprüfung auch bei Einzelmarktprognosen ausgeschlossen, wenn die prognostische Betrachtungsweise eine Berücksichtigung gesamtwirtschaftlicher Aspekte erfordert. Da, wie oben im einzelnen dargelegt wurde, die Mehrzahl der Kartellrechtsnormen auf Prognosen basiert¹ und die gesamtwirtschaftliche Entwicklung sich in erheblichem Maß auf die Prognosen auswirken kann, würde eine reine Wortlautauslegung im Ergebnis zu einem umfassenden Beurteilungsfreiraum für die Kartellbehörde führen.

Rechtsprechung und Schrifttum sind dieser, vom Wortlaut her naheliegenden Auslegungsalternative jedoch zu Recht nicht gefolgt. Vielmehr wird § 70 V S.2 GWB nahezu einhellig restriktiv ausgelegt². Dies bedeutet, daß nur Behördenentscheidungen, welche einen wirtschaftspolitischen Charakter aufweisen, von der Gerichtskontrolle freigestellt werden. Demgegenüber sollen Fragen der Tatbestandsauslegung auch dann voll überprüft werden, wenn sie Diagnosen und Prognosen erfordern, welche eine Berücksichtigung gesamtwirtschaftlicher Aspekte zur Voraussetzung haben³.

1 Siehe Teil 1 der Untersuchung.

2 BGH, WuW/E BGH 911 ("Fensterglas VI"); KG, WuW/E OLG 573 ("Thomasphosphat"); 1123 ("Fernmeldekabelgemeinschaft"); Karsten Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S.573; ders. in Immenga-Mestmäcker, § 70 GWB Rdn.39f.; Junge in GK § 70 GWB Rdn.14; Schreven in Müller-Gießler-Scholz, § 70 GWB Rdn.24; von Gamm, § 70 GWB Rdn.24; Rdn.13.

3 Vgl. die in Fußn. 2 Genannten.

Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich zum einen schon aus der systematischen Stellung der Sätze 1 und 2 des § 70 V GWB. Eine extensive Auslegung des Satzes 2 würde das Regel-Ausnahme-Verhältnis auf den Kopf stellen.

Zum anderen folgt dieses Ergebnis aber auch aus dem Sinn und Zweck des § 70 V S.2 GWB. Dieser besteht darin, ein Hineinregieren der Gerichte in wirtschaftspolitische Fragen zu verhindern¹. Die Verantwortungsbereiche von Exekutive und Judikative sollten durch diese Vorschrift voneinander abgegrenzt werden. Aus diesem Zweck läßt sich ersehen, daß die Nachprüfung von Prognoseentscheidungen keinesfalls überall dort ausgeschlossen sein sollte, wo anläßlich einer Vorhersage - etwa im Hinblick auf die Entwicklung der Marktverhältnisse - gesamtwirtschaftliche Erwägungen in das prognostische Urteil einbezogen werden müssen. Vielmehr sollte ein Freiraum für wirtschaftspolitische Entscheidungen geschaffen werden. Die "political question doctrine"² hat insoweit im Kartellrecht in § 70 V S.2 GWB eine positivgesetzliche Grundlage gefunden³.

Da die oben dargestellte Abgrenzungsformel zwar allgemein akzeptiert wird aber bislang - soweit ersichtlich - inhaltlich weder durch das Schrifttum noch die Rechtsprechung näher umschrieben und präzisiert worden ist, stellt sich die Frage, welche Kartellrechtsnormen denn "politische Entscheidungen" beinhalten.

Die Beantwortung dieser Frage ist nur mit einem Blick auf den Sinn und Zweck der jeweiligen materiellen Kartellrechtsnorm möglich. Politische Entscheidungen haben final-gestaltenden Charakter. Eine eingeschränkte Gerichtskontrolle nach § 70 V S.2 GWB ist daher nur in den Fällen anzuerkennen, in denen

1 K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S.573; ders. in Immenga-Mestmäcker, § 70 GWB Rdn.39; Westrick-Loewenheim, § 70 GWB Rdn.29; Schreven, in Müller-Gießler-Scholz, § 70 GWB Rdn.24.

2 Zur "political question doctrine" vgl. Zuck, JZ 1974, S.361ff.

3 Karsten Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S.573.

die zu untersuchende Kartellrechtsnorm der Behörde eine solche Gestaltungsmöglichkeit einräumen will. Dies ist bei jenen Vorschriften der Fall, deren Zweck sich nicht in der Sicherung des freien Wettbewerbs beschränkt, sondern die auch Zielen der Wirtschaftslenkung i.S. einer Globalsteuerung dienen. Diese Normen, die von der Zielsetzung denen des Stabilitätsgesetzes vergleichbar sind, haben eindeutig politisch-gestaltenden Charakter. Sie fallen in den Verantwortungsbereich der Exekutive und sind von den Gerichten nicht nachzuprüfen. Dieses Ergebnis entspricht auch der oben dargestellten¹ Rechtslage im allgemeinen Verwaltungsrecht. Dort wird - obschon es in diesem Bereich eine der Vorschrift des § 70 V S.2 GWB vergleichbare Norm nicht gibt - in Rechtsprechung und Literatur ein kontrollfreier Raum für planerische und gestaltende Verwaltungsentscheidungen unter dem Gesichtspunkt der "Verwaltungsverantwortung" ebenfalls allgemein anerkannt².

Es ergibt sich somit folgende Leitlinie für die Abgrenzung zwischen Satz 1 und Satz 2 des § 70 V GWB:

Dient die Kartellrechtsnorm dem Zweck, die Rahmenbedingungen unseres Wettbewerbssystems zu schützen und Gefahren für den freien Wettbewerb abzuwehren, ist grundsätzlich eine volle gerichtliche Überprüfung der Prognoseentscheidung zu bejahen, und zwar auch dann, wenn anlässlich der Prognose der Marktverhältnisse gesamtwirtschaftliche Veränderungen berücksichtigt werden müssen. Demgegenüber ist eine Entscheidungsprärogative dann anzunehmen, wenn die zu untersuchende Kartellrechtsnorm neben dem Zweck der Gefahrenabwehr auch noch Zielen der Wirtschaftslenkung dient, wenn die Prognoseentscheidung politisch-gestaltenden Charakter i.S. der wirtschaftlichen Globalsteuerung aufweist.

Der Anwendungsbereich des § 70 V S.2 GWB liegt daher in erster Linie bei der Würdigung der gesamtwirtschaftlich motivierten Sondererlaubnisse der §§ 8 und 24 III GWB.

1 Siehe oben S.170ff.

2 Siehe oben S.173 Fußn.4.

E. DIE KONTROLLDICHTEN IM GERICHTLICHEN INSTANZENZUG

Die Prognosen und die zu ihrer Begründung von den Oberlandesgerichten herangezogenen wirtschaftlichen Wertungen und Erfahrungssätze werden vom BGH in der Rechtsbeschwerdeinstanz nur sehr zurückhaltend überprüft¹. Dies hat in der Literatur - zum Teil heftige - Kritik hervorgerufen². Normativer Ansatz für die Frage nach der Überprüfbarkeit von Prognosen im gerichtlichen Instanzenzug ist § 75 IV GWB. Hiernach ist der BGH an die "tatsächlichen Feststellungen" der Oberlandesgerichte gebunden. Die Beschwerde zum BGH stellt also keine Tatsachen-, sondern eine reine Rechtsinstanz dar. Die kartellrechtlichen Prognosen sind aber mitsamt der ihnen zugrundeliegenden Erfahrungssätze - wie oben dargelegt³ - dem Bereich der Tatsachenfeststellung, nicht dem der Rechtsanwendung zuzuordnen. Die Auffassung des BGH ist somit im Grundsatz durchaus folgerichtig.

Das von den erstinstanzlichen Gerichten zur Prognoseerstellung verwendete wirtschaftliche Wissen kann daher nur mit Einschränkungen überprüft werden, insbesondere auf seine innere Logik sowie seine Vereinbarkeit mit anerkannten Erfahrungssätzen⁴. Eine Rechtsverletzung ist mithin nur dann zu bejahen, wenn die Beschwerdeentscheidung des OLG Rückschlüsse auf eine mangelnde Sachkunde des Gerichts erlaubt⁵. Nur in diesen Fällen führen Prognosefehler zu einer Neuerstellung der Prognose.

Für eine derart beschränkte Überprüfbarkeit der Prognoseentscheidungen in der Rechtsbeschwerdeinstanz sprechen ange-

1 BGH, WuW/E BGH 1337 ("Aluminium-Halbzeug"); BGHZ 50, 362ff. ("ZVN").

2 Thomas Marx, WuW 1975, S.622ff.; Oliver Axster, WuW 1976, S.170f.

3 Siehe oben S.32.

4 BGH, a.a.O.; a.A. Marx, a.a.O. sowie Axster, a.a.O.

5 Karsten Schmidt, in Immenga-Mestmäcker, § 69 GWB Rdn.5.

sichts des erheblichen Aufwandes, mit dem die Erstellung der Prognosen verbunden ist, schon die Gründe der Prozeßökonomie. Sie führt aber auch nicht zu Nachteilen für die Beteiligten. Zwar besteht der Rechtsweg in Kartellrechtsstreitigkeiten nach dem GWB nur aus zwei gerichtlichen Instanzen (OLG, BGH); andererseits verfügen die speziellen Kartellsenate sowohl beim OLG als auch beim BGH über besondere wirtschaftliche Fachkenntnisse¹. Hierdurch wird die Verkürzung des Instanzenzuges kompensiert. Zudem ist der Sachverhalt bereits durch eine ebenfalls spruchkammerähnlich besetzte Beschlußabteilung des Bundeskartellamtes gelaufen.

Ein Rechtsschutzdefizit wird daher durch die zurückhaltende Überprüfungspraxis des BGH nicht verursacht.

F. PROGNOSESPIELRAUM DES GESETZGEBERS

Von der Frage der Überprüfbarkeit behördlicher und gerichtlicher Prognosen im Kartellrecht ist die weitere Frage zu unterscheiden, inwieweit die den gesetzlichen Vorschriften zugrundeliegenden Erwartungen der Legislative selbst überprüft werden können². Diese Problematik des "gesetzgeberischen Prognose-spielraums" soll, da sich die vorliegende Arbeit in erster Linie mit den Problemen der Rechtsanwendung und nicht denen der Rechtssetzung befaßt, nur kurz angeschnitten werden. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die reichhaltige verfassungsrechtliche Literatur verwiesen³.

Sedes materiae ist die im Gewaltenteilungsgrundsatz (Art.20 II GG) angelegte verfassungsrechtliche Aufgabenverteilung zwi-

1 Hierauf weist auch Schreven in Müller-Gießler-Scholz, § 70 GWB Rdn.23, hin.

2 Als Überprüfungsinstanz kommt wegen Art.100 I GG nur das BVerfG in Betracht.

3 Vgl. Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S.107ff.; ders., Konzentrationskontrolle, S.34ff.; Ossenbühl, BVerfG und Grundgesetz, Bd.I, S.496ff.; Breuer, Der Staat 16 (1977), S.21ff.; Schenke, NJW 1979, S.1321ff.

schen Judikative und Legislative. Das BVerfG und ihm folgend das Schrifttum haben auf dieser Grundlage einen Freiraum für gesetzgeberische Prognosen weitgehend bejaht¹. Die das Motiv der Kartellrechtsnormen bildenden wirtschaftlichen Erwartungen des Gesetzgebers können hiernach nur i.S. einer mehr oder weniger intensiven Evidenzkontrolle überprüft werden.

So heißt es in BVerfGE 25, S.12f.:

"Irrtümer über den Verlauf der wirtschaftlichen Entwicklung müssen in Kauf genommen werden, da der Gesetzgeber auch zur Abwehr künftiger Gefahren verpflichtet ist, der zunächst zu erwartende Geschehensablauf aus den verschiedensten Gründen aber auch unvorhergesehene Wendungen nehmen kann."

Auf Fehlprognosen basierende Gesetzesnormen sind nach dieser heute allgemein gebilligten Rechtsprechung nur dann gerichtlich korrigierbar, wenn es sich um "offensichtlich fehlsame"² oder "im Ansatz verfehlte"³ Prognosen handelte. Ansonsten verbleibt die Verantwortung für die Richtigkeit der den Gesetzesvorschriften zugrundeliegenden Prognosen in vollem Umfange bei der Legislative.

1 BVerfGE 16, 181ff.; 18, 332; 25, 12 f.; 29, 182; 29, 410f.; 30, 263; 36, 71f.; 38, 87f.; 39, 225ff., 230ff.; 50, 332ff. sowie die in Fußn.3 auf S. 186 Genannten.

2 BVerfGE 38, 87.

3 BVerfGE 29, 182.

ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE

1. Diese Untersuchung hat einen breiten Anwendungsbereich für Prognosen als Grundlage kartellrechtlichen Eingreifens ergeben. Das Prognoseerfordernis zieht sich dabei durch das gesamte materielle Kartellrecht. Hauptanwendungsfälle sind das Kartellverbot und die Fusionskontrolle. Nur in Ausnahmefällen lassen sich hingegen Maßnahmen der Mißbrauchsaufsicht auf Prognosen stützen (sog. präventive Mißbrauchsaufsicht).
2. Gegenstand der im Kartellrecht erforderlichen Prognosen sind in der Regel die zukünftigen Marktverhältnisse mit ihren Komponenten Marktstruktur, Marktverhalten, Marktergebnisse. In besonderen Fällen müssen darüber hinaus kraft gesetzlicher Anordnung auch wettbewerbsheteronome Faktoren prognostiziert werden, z.B. in § 8 II S.2 und § 24 III GWB.
3. Die kartellrechtlichen Tatbestände können sowohl Prognoseentscheidungen im weiteren Sinne als auch solche im engeren Sinne beinhalten. Die in die erstgenannte Kategorie fallenden Tatbestände stellen grundsätzlich auf die gegenwärtige Situation ab. Ihr Anwendungsbereich wird aber dadurch erweitert, daß ein Eingriff auch bereits dann möglich ist, wenn die zu verhindernde Entwicklung noch nicht eingetreten aber für die Zukunft zu erwarten ist. Als Beispiele für Prognoseentscheidungen im weiteren Sinne lassen sich im Kartellrecht das Kartellverbot und die Mißbrauchsaufsicht anführen.

Bei den Prognoseentscheidungen im engeren Sinne ist demgegenüber stets eine Zukunftsbetrachtung erforderlich, selbst wenn der inkriminierte Tatbestand in der Gegenwart eingetreten ist. Eine derartige Prognoseentscheidung im

engeren Sinne ist bei der Fusionskontrolle nach § 24 I GWB zu treffen.

4. Absolut sichere Marktprognosen sind - wie alle Prognosen hinsichtlich komplexer Vorgänge - nicht möglich. Die Prognosen haben vielmehr den Charakter von Wahrscheinlichkeitsurteilen. Hundertprozentig sichere Vorhersagen sind indessen auch nicht erforderlich. Nach dem geltenden deutschen und europäischen Kartellrecht reichen Wahrscheinlichkeitsurteile als Grundlage eines kartellbehördlichen Eingreifens aus. Ein Dilemma zwischen Prognosezwang und Prognoseunmöglichkeit besteht nicht.
5. Bei seiner Prognoseaufgabe kann sich der Rechtsanwender auf die von den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften entwickelten Prognoseverfahren stützen. In Betracht kommen intuitive Prognosemethoden, Befragungsmethoden (Plan- und Erwartungsbefragungen), Extrapolationen sowie die analytischen Prognosemethoden. Von besonderer Bedeutung sind hierbei die kausaltheoretisch orientierten analytischen Verfahren. Im übrigen weisen die unterschiedlichen Prognoseverfahren jeweils spezifische Vor- und Nachteile auf. Um zu optimalen Ergebnissen zu kommen, empfiehlt sich daher ein Methodenpluralismus.
6. Fehlerquellen ergeben sich bei den Prognosen in erster Linie daraus, daß das Problem der Komplexität bewältigt werden muß. Es müssen die wesentlichen Daten und Bedingungen herausgefunden werden. Insbesondere ist in jedem Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob die der Prognose zugrundeliegenden Annahmen auch in der Realität vorliegen. Prognosen, die zwar in sich stimmig und theoretisch richtig sind, aber an der Wirklichkeit vorbei gehen, sind für die Rechtsanwendung untauglich.

Schließlich sind Fehler in den Fällen wahrscheinlich, in denen die zur Prognoseerstellung verwendeten Theorien schon in ihrem Fachgebiet umstritten sind.

7. Problematisch ist, wie dem Rechtsanwender das Wissen vermittelt werden kann, welches er zur Erstellung der seinen rechtlichen Entscheidungen zugrundeliegenden Prognosen benötigt. Zur Transformierung bieten sich folgende Wege an:

- a) Der Rechtsanwender kann wirtschaftswissenschaftliche Gutachter heranziehen.
- b) Er kann versuchen, sich durch Literaturstudium selbst sachkundig zu machen. Daneben kommt auch die Verwertung von Wissen aus Parallelverfahren in Betracht.
- c) Eine Erleichterung der Prognosen wird durch Vermutungsregelungen wie die des § 23a GWB erreicht. Durch diese Vermutungsregeln werden bestimmte Erfahrungssätze als für die Prognoseerstellung rechtsverbindlich anerkannt. Allerdings sind diese Instrumente noch unvollkommen, da sie einseitig auf reine Umsatzgrößenkriterien abstellen, obwohl die ihnen zugrundeliegenden Theorien auch noch von weiteren Voraussetzungen ausgehen. Diese Erkenntnis hat insbesondere für die Widerlegung der Vermutungen Bedeutung. De lege ferenda ist zu überlegen, ob nicht differenziertere Vermutungen in das Gesetz aufgenommen werden sollten.
- d) Ein weiteres probates Mittel zur Erleichterung der Prognoseaufgabe besteht in der sogenannten Zusagepraxis. Durch die per Zusage bewirkte Bindung des zukünftigen Unternehmensverhaltens reduziert sich das mit der Prognoseerstellung verbundene Komplexitätsproblem. Rechtliche Bedenken gegen die Zusageregulungen bestehen, soweit sie nicht zu einer für die Unternehmen nicht mehr vorhersehbaren, laufenden Verhaltenskontrolle führen, nicht. Die insoweit von den Kritikern der Zusagepraxis angeführten Argumente richten sich denn auch in erster Linie gegen einen Mißbrauch von Zusagen, weniger gegen das Instrument der Zusage an sich.

8. Nicht pauschal beantwortet werden kann die Frage, welcher Wahrscheinlichkeitsgrad erforderlich ist, um aufgrund einer Prognose einen kartellrechtlichen Eingriff vorzunehmen. Zum einen bestehen hinsichtlich der Wahrscheinlichkeitsanforderungen tatbestandliche Unterschiede. So wird man bei der "Eignung" i.S. des § 1 GWB mit einem geringeren Wahrscheinlichkeitsgrad auskommen, als bei der "Erwartung" des § 24 I GWB. Vor allem aber ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Hiernach muß die Wahrscheinlichkeit eines Schadens für Schutzgüter des GWB um so höher sein, je schwerer die beabsichtigte Maßnahme in die Rechte der betroffenen Wirtschaftssubjekte eingreift. Umgekehrt reichen dann, wenn sich das Schutzgut als besonders herausragend darstellt (z.B. wenn der letzte noch bestehende Wettbewerb in einem Wirtschaftszweig bedroht ist) geringere Wahrscheinlichkeiten aus.

Die nach diesen Grundsätzen anhand der Umstände des jeweiligen Einzelfalles festzulegenden Wahrscheinlichkeitsanforderungen bewegen sich zwischen den beiden folgenden Polen: Die Mindestanforderung ist, daß die Wahrscheinlichkeit des Eintretens wettbewerbsbeeinträchtigender Wirkungen größer sein muß als die ihres Ausbleibens; die Höchstanforderungen an den Wahrscheinlichkeitsgrad liegen jedenfalls unterhalb der für die zivilprozessuale Tatsachenfeststellung maßgeblichen "an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit".

9. Im Hinblick auf den Zeithorizont lassen sich kurz- (1 Jahr), mittel- (1-5 Jahre) und langfristige (5-10 Jahre) Prognosen unterscheiden. Dabei nimmt die Zuverlässigkeit der Prognosen ab, je weiter ihr Zeithorizont reicht. Unter Berücksichtigung dieses Leistungsgefälles kommen wegen der oben unter 7. dargelegten Wahrscheinlichkeitsanforderungen im Regelfall nur kurz- bis mittelfristige Prognosen als Grundlage eines kartellrechtlichen Eingriffs in Betracht. Länger-

fristige Prognosen können nur dann berücksichtigt werden, wenn besondere, ihre Zuverlässigkeit erhöhende Umstände vorliegen.

10. Der zukunftsbezogene Ansatz des GWB ermöglicht es den Kartellbehörden, grundsätzlich auch zum Schutze von Märkten tätig zu werden, welche im Zeitpunkt des inkriminierten Verhaltens bzw. der Behördenentscheidung noch nicht existieren. Allerdings ist hier wegen der im Hinblick auf diese Märkte bestehenden besonderen Prognoseschwierigkeiten ein zurückhaltendes Vorgehen angebracht. Zudem ist, da es sich bei den "Zukunftsmärkten" oft um solche handelt, die im nationalen Interesse liegende technische Pionierleistungen zum Gegenstand haben, besonderes Augenmerk auf die kartellrechtlichen Ausnahmetatbestände zu richten.
11. Kartellbehördliche Prognoseentscheidungen können von den Gerichten grundsätzlich voll nachgeprüft werden. Es besteht insoweit keine Beurteilungsprärogative der Verwaltung. Eine Ausnahme besteht kraft gesetzlicher Anordnung nur bei den Prognosen der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung nach § 70 V S.2 GWB. Diese Ausnahmenvorschrift ist im Hinblick auf ihren Sinn und Zweck eng auszulegen. Keinesfalls soll sie die gerichtliche Nachprüfung überall dort einschränken, wo gesamtwirtschaftliche Aspekte - etwa im Rahmen einer Einzelmarktprognose - in irgendeiner Weise bei der Vorhersage berücksichtigt werden müssen. Vielmehr soll ein Hineinregieren der Gerichte in wirtschaftspolitische Fragen verhindert werden. Ihr Anwendungsbereich liegt daher in erster Linie bei den gesamtwirtschaftlich motivierten Sondererlaubnissen der §§ 8 und 24 III GWB.

Eine Einschränkung der Nachprüfbarkeit der Prognosen ist im Hinblick auf den gerichtlichen Instanzenzug zu bejahen. Da die Prognoseerstellung der Tatbestandsfeststellung zuzurechnen ist, kann sie in der Rechtsbeschwerde-Instanz

vom BGH nur auf innere Logik sowie die Vereinbarkeit mit anerkannten Erfahrungssätzen überprüft werden.

Ein Prognosespielraum steht schließlich auch dem Gesetzgeber im Hinblick auf die Prognosen zu, die er neugeschaffenen kartellrechtlichen Normen zugrunde legt. Die Legislative ist insoweit nur einer Evidenzkontrolle unterworfen.

LEBENS LAUF

Am 28.2.1956 wurde ich als Sohn des Diplom-Physikers Dr. Günter Urban und seiner Ehefrau Ursula, geb. Renne, in Dessau geboren.

Nach vier Volksschuljahren in Essen besuchte ich von 1967 bis 1975 ein neusprachliches Gymnasium, die Humboldtschule Essen. Dort bestand ich am 2.6.1975 die Reifeprüfung.

Im September 1975 nahm ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Ruhr-Universität Bochum auf. Ich studierte dort acht Semester und bestand am 29.3.1980 vor dem Justizprüfungsamt des Oberlandesgerichts Hamm die erste juristische Staatsprüfung.

Im Juli 1980 trat ich in den Referendardienst ein.

Seit Februar 1981 habe ich in Nebentätigkeit eine Stelle als wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Ausländisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster inne.

